

**Die Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts
im Rahmen der Artikel 14 Absatz 3; 19 und 100
Absatz 1 des Bonner Grundgesetzes**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

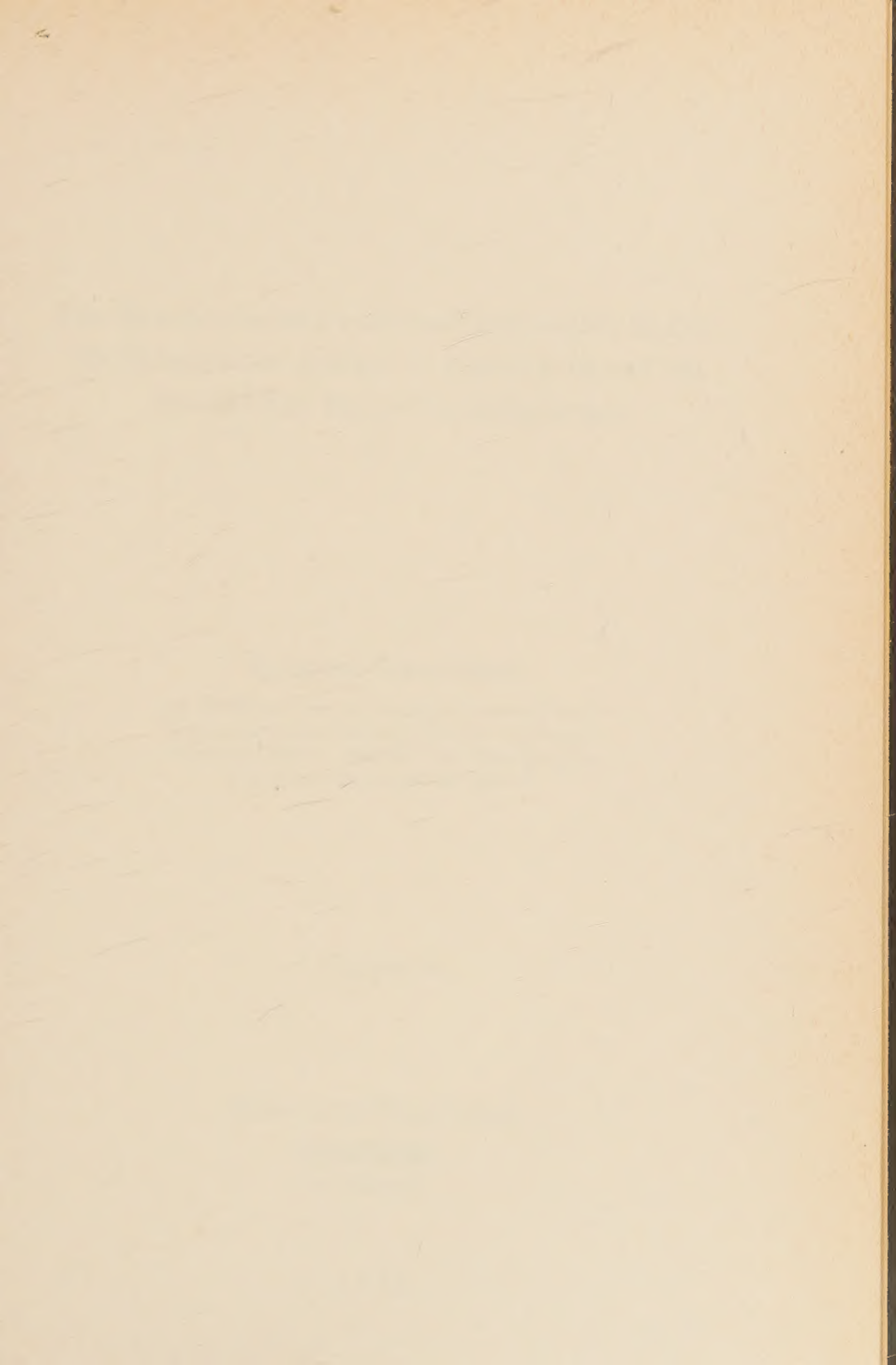
vorgelegt von

Referendar Claus Kühne

aus Bielefeld

aus Bochum

1 9 6 3





Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Die Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts
im Rahmen der Artikel 14 Absatz 3; 19 und 100
Absatz 1 des Bonner Grundgesetzes**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Referendar Claus Kühne

aus Bielefeld

aus Bochum

1 9 6 3



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Klein

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff

Dekan: Prof. Dr. Schelsky

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juni 1963

Inhaltsübersicht

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	I
Schrifttumsverzeichnis	V
Einleitung	1
<u>1. Hauptteil:</u> Die Bewertung des vorkonstitutionel- len Rechts im Rahmen der Artikel 14 Absatz 3 und 19 des Grundgesetzes	4
<u>1. Abschnitt:</u> Die Bedeutung des Artikels 14 Ab- satz 3 des Grundgesetzes für das vorkonstitu- tionelle Recht	5
A. Kurzer Überblick über die Bedeutung der Enteignungserfordernisse des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes überhaupt	6
B. Die Bedeutung der Enteignungserfordernisse des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes für das vorkonstitutionelle Recht	10
I. Begriff des vorkonstitutionellen Rechts	10
II. Darstellung der zur Frage der Anwendbarkeit des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes auf vorkonstitutionelles Recht vertretenen Meinungen	11
1) Nachkonstitutionelle Enteignungen auf Grund vorkonstitutionellen Gesetzes	13
aa) Artikel 14 Absatz 3 Satz 2 des Grund- gesetzes gilt nicht für vorkonstitu- tionelles Recht, das über die Entschä- digungsregelung schweigt	14
bb) Artikel 14 Absatz 3 Satz 2 des Grund- gesetzes gilt ausnahmslos nicht für vorkonstitutionelles Recht	17

cc) Artikel 14 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes gilt uneingeschränkt auch für vorkonstitutionelles Recht	18
dd) Das Entschädigungsjunktum hat vorstaatlichen Charakter	19
ee) Der prozessuale Lösungsversuch des Bundesverwaltungsgerichts	19
ff) Die Versuche, die Härte der Junktumklausel überhaupt zu mildern	21
2) Vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes vorgenommene Enteignungen durch vorkonstitutionelles Gesetz oder auf Grund eines solchen Gesetzes	24
a) Vorkonstitutionelle Enteignungen ohne Dauerwirkung	24
b) Vorkonstitutionelle Enteignungen mit Dauerwirkung bis in nachkonstitutionelle Zeit	26
III. Stellungnahme und Lösung	27
1) Nachkonstitutionelle Enteignungen auf Grund vorkonstitutionellen Gesetzes, das dem Artikel 14 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes nicht entspricht	28
a) Stellungnahme zu Schrifttum und Rechtsprechung	28
b) Die Wortauslegung des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes	31
c) Entstehungs- und Verfassungsgeschichte der Regelung in Artikel 14 Absatz 3 des Grundgesetzes	32
d) Der Sinn des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes; unterschiedliche Bewertung der in Artikel 14 Absatz 3 enthaltenen materiell-rechtlichen und der nur formalen Erfordernisse	33

e) Die sich aus der Differenzierung zwischen materiell-rechtlichen und nur formalen Erfordernissen ergebenden Folgerungen für die Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts im Rahmen des Artikels 14 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes	45
aa) Das vorkonstitutionelle Gesetz schweigt ganz über die Entschädigungsregelung	45
bb) Das vorkonstitutionelle Gesetz schließt die Entschädigung ausdrücklich aus oder regelt sie unangemessen	51
cc) Sonderbewertung von Gesetzen aus der Zeit zwischen Kapitulation und Inkrafttreten des Grundgesetzes ?	57
dd) Gilt auch das Erfordernis des förmlichen Gesetzes für vorkonstitutionelles Recht ?	61
2) Vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes vorgenommene Enteignungen durch vorkonstitutionelles Gesetz oder auf Grund eines solchen Gesetzes	67
a) Vorkonstitutionell abgeschlossene Enteignungen ohne Dauerwirkung	67
b) Vorkonstitutionelle Enteignungen mit Dauerwirkung bis in die Zeit nach Inkrafttreten des Grundgesetzes	70

IV. Randprobleme

1) Nachholung des Entschädigungsjunktim beim Enteignungsakt durch die Verwaltungsbehörden ?	78
2) Vorkonstitutionelles Besatzungsrecht	80

C. Die Bedeutung der Rechtswegklausel des Artikels 14 Absatz 3 Satz 4 des Grundgesetzes für vorkonstitutionelles Recht	81
--	----

D. Zusammenfassung	82
--------------------	----

<u>2. Abschnitt: Die Bedeutung des Artikels 19 des Grundgesetzes für das vorkonstitutionelle Recht</u>	85
--	----

A. Kurzer Überblick über die Bedeutung der Grundrechtseingriffserfordernisse des Artikels 19 Absätze 1 und 2 des Grundgesetzes überhaupt	85
--	----

B. Die Bedeutung der Grundrechtseingriffserfordernisse des Artikels 19 Absätze 1 und 2 des Grundgesetzes für das vorkonstitutionelle Recht	87
--	----

I. Begriff des vorkonstitutionellen Rechts	87
--	----

II. Darstellung der zur Frage der Anwendbarkeit des Artikels 19 Absätze 1 und 2 des Grundgesetzes auf vorkonstitutionelles Recht bisher vertretenen Meinungen	88
---	----

1) Artikel 19 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes	88
---	----

2) Artikel 19 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes	89
---	----

3) Muß das vorkonstitutionelle Gesetz förmlich sein ?	92
---	----

4) Artikel 19 Absatz 2 des Grundgesetzes	96
--	----

III. Stellungnahme und Lösung	97
-------------------------------	----

1) Die Bedeutung des Artikels 19 Absatz 1 des Grundgesetzes für vorkonstitutionelles Recht	97
--	----

a) Kritische Betrachtung von Schrifttum und Rechtsprechung	98
--	----

b) Wortauslegung des Artikels 19 Absatz 1 des Grundgesetzes; Entstehungsgeschichte	99
--	----

	Seite
c) Der Sinn des Artikels 19 Absatz 1 des Grundgesetzes; unterschiedliche Bewertung materiell-rechtlicher und nur formaler Erfordernisse	100
d) Die sich ergebenden Folgerungen für die Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts im Rahmen des Artikels 19 Absatz 1 des Grundgesetzes	101
aa) Artikel 19 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes	102
bb) Artikel 19 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes	104
cc) Gilt auch das Erfordernis des förmlichen Gesetzes für vorkonstitutionelles Recht ?	106
e) Wiederholungen bereits vorkonstitutioneller Grundrechtseinschränkungen in nachkonstitutionellen Gesetzen	110
2) Die Bedeutung des Artikels 19 Absatz 2 des Grundgesetzes für vorkonstitutionelles Recht	113
3) Vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits vorgenommene Grundrechtseingriffe	114
C. Die Bedeutung der Rechtswegklausel des Artikels 19 Absatz 4 des Grundgesetzes für vorkonstitutionelles Recht	116
D. Zusammenfassung	117
<u>2. Hauptteil:</u> Die Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts im Rahmen der Inzidentnormenkontrolle des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes	119
A. Kurzer Überblick über die Bedeutung der Inzidentnormenkontrolle des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes überhaupt	119
B. Die Inzidentnormenkontrolle im Sinne des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes bei vorkonstitutionellem Recht	123

	Seite
I. Begriff des vorkonstitutionellen Rechts	124
II. Darstellung der zur Frage der Bedeutung des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes für vorkonstitutionelles Recht vertretenen Meinungen	127
1) 1.Meinung: Artikel 100 Absatz 1 des Grundgesetzes gilt auch für vorkonstitutionelles Recht	127
2) Die Gegenmeinung: Artikel 100 Absatz 1 des Grundgesetzes gilt nicht für vorkonstitutionelles Recht	132
III. Stellungnahme und Lösung	145
1) Das Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum vorkonstitutionellen Recht	146
a) Verstoß vorkonstitutionellen Bundes- oder Landesgesetzes gegen das Grundgesetz oder vorkonstitutionellen oder überhaupt älteren Landesgesetzes - außer Landesverfassungsrecht - gegen späteres Bundesrecht	146
aa) Wortinterpretation des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes	146
bb) Sinninterpretation des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes	148
α) Würdigung der tragenden, für die Anwendbarkeit des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes auf vorkonstitutionelles Recht vorgebrachten Erwägungen	148
β) Ablehnung der für die Ausdehnung des Entscheidungsmonopols auf vorkonstitutionelles Recht sprechenden Erwägungen für den Fall der 2.Alternative des Artikels 100 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes	149

γ) Artikel 100 Absatz 1 Satz 2, 2. Alternative des Grundgesetzes als Beweis für die Anerkennung der "Vorwerfbarkeitstheorie" durch das Grundgesetz	157
δ) Übertragung des gewonnenen Ergebnisses auf den Fall des Verstoßes von Landes- oder Bundesgesetz gegen das Grundgesetz	159
ε) Die weiteren gegen die Ausdehnung des verfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols auf vorkonstitutionelles Recht sprechenden Gründe	162
ζ) Keine Änderung der rechtlichen Beurteilung wegen der Schwierigkeiten bei der Abgrenzung, wann ein vorkonstitutionelles Gesetz durch Bestätigung seitens des nachkonstitutionellen Gesetzgebers selbst nachkonstitutionell geworden ist	165
cc) Bestätigung des gewonnenen Ergebnisses aus der Geschichte des richterlichen Prüfungsrechtes und der Entstehungsgeschichte des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes	167
b) Verstoß einer vorkonstitutionellen Landesverfassung gegen das Grundgesetz oder einer älteren Landesverfassung gegen jüngeres Bundesrecht	170
2) Landesverfassungsgerichtliches Entscheidungsmonopol gegenüber vorkonstitutionellem Recht ?	171
C. Zusammenfassung	173

Abkürzungsverzeichnis

aaO	= am angegebenen Orte
Anm.	= Anmerkung(en)
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen
Art., Artt.	= Artikel
BadStGH	= Badischer Staatsgerichtshof
BadVerwGH	= Badischer Verwaltungsgerichtshof
BayGVBl	= Bayerisches Gesetz- u. Verordnungsblatt, München
BayV(erf)	= Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.12.1946
BayVerfGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE n.F.	= Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs Neue Folge, herausgegeben vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof München
BayV(erw)Bl	= Bayerische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung, München
BB	= Der Betriebsberater, Heidelberg
Bd(e).	= Band, Bände
Bem.	= Bemerkung(en)
Beschl.	= Beschluß, Beschlüsse
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGBl S.195) mit zahlreichen Änderungen
BGBI	= Bundesgesetzblatt (Teil I, Teil II) Bonn/Köln (Bundesanzeiger)
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Köln und Berlin
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Köln - Berlin
BK	= Bonner Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Redaktionelle Bearbeitung: Bodo DENNE-WITZ, Hamburg 1950
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Berlin

Disk.Beitr.	= Diskussionsbeitrag
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung, Stuttgart und Köln
DOG	= Deutsches Obergericht für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung, Köln und Berlin
Drucks.	= Drucksache
DRZ	= Deutsche Rechts-Zeitschrift, Tübingen
DV	= Deutsche Verwaltung, Hamburg
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt, Köln und Berlin
Erl.	= Erläuterung(en)
EStG	= Einkommenssteuergesetz in der Fassung vom 21.Dezember 1954 (EStG 1955 BGBl I S.441)
FamRZ	= Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Bielefeld
Finanzarchiv	= Finanzarchiv, neue Folge, Tübingen
Fischers Zeitschr.	= Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht (herausgegeben von Walter SCHELCHER), Leipzig
GrSZ (GrZS)	= Großer Senat für Zivilsachen
GVB1	= Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.Jan. 1877 (RGBl S.41) in der Fassung vom 12.Sept.1950 (BGBl S.513)
H.	= Heft
HA	= Hauptausschuß
HChBer	= Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10.-23.Oktober 1948, München 1948
HChE	= Entwurf des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee
HbbDStR I,II	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard ANSCHÜTZ und Richard THOMA, Tübingen, 2 Bände, 1930 und 1932
h.L.	= herrschende Lehre
h.M.	= herrschende Meinung
H.u.W.	= Haus und Wohnung, Berlin

- 1.3. = im Sinne
- JGR = Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Tübingen
- JGR n.F. = Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 1, Tübingen 1951
Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes
- JR = Juristische Rundschau, Berlin
- JW = Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein, Leipzig
- JZ = Juristenzeitung, Tübingen
- LT-Drucks. = Landtags-Drucksache
- LVG = Landesverwaltungsgericht
- MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht, Hamburg
- n.F. = neue Folge
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin
- OGREZ = Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
- OLG = Oberlandesgericht
- OVG = Oberverwaltungsgericht
- OVGE = Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg, Münster/Westfalen
- Parl.Rat, Drucks. = Parlamentarischer Rat, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Entwürfe), Bonn 1948/49
- PR = Parlamentarischer Rat (Bonn)
- PR, Verhandlungen des HA = Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses Bonn 1948/49
- PROVGE = Entscheidungen des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofs, Berlin
- Recht, Staat, Wirtschaft = Recht, Staat, Wirtschaft. Schriftenreihe des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen für Staatswissenschaftliche Fortbildung, Bd.I und II, Stuttgart und Köln 1949 und 1950
- RG = Reichsgericht
- RGBl I, II = Reichsgesetzblatt (Teil I, Teil II), Berlin
- RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin (und Leipzig)
- Rhld/PfzBl = Rheinisch-Pfälzisches Verwaltungsblatt, Neuwied

- RPrVB1 = Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt (55.Band 1934) Berlin
- Rspr = Rechtsprechung
- S. = Satz, Seite
- SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung, Heidelberg
- Steuer und Wirtschaft = Steuer und Wirtschaft, München und Berlin, Göttingen, Heidelberg
- StGB = Strafgesetzbuch vom 15.Mai 1871 (RGBl S.127) in der Fassung vom 25.August 1953 (BGBl I S.1083, 1954 I S.33)
- StPO = Strafprozeßordnung vom 1.Febr.1877 (RGBl S.253) in der Fassung vom 12. Sept.1950 (BGBl S.629)
- Urt. = Urteil(e)
- VGH Kassel = Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Kassel
- VerfGH = Verfassungsgerichtshof
- Verhandlungen des 34. DJT Bd.II = Verhandlungen des 34.Deutschen Juristentages zu Köln vom 12.-15. September 1926, II.Band, S.196-212, Berlin und Leipzig 1927
- Verwaltungsarchiv = Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Berlin
- VerwGH = Verwaltungsgerichtshof
- Vorb. = Vorbemerkung(en)
- VVDStRL H.1-7,8-14 = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin (und Leipzig), Heft 1-7: 1924-1932, Heft 8-14: 1950-1956
- VVDStRL, H.10 S.150-177 (Disk.Beitr.) = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.
Aussprache zum Beratungsgegenstand: Enteignung und Sozialisierung auf der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Göttingen am 18. und 19.Oktober 1951 Heft 10, S.150-177, Berlin 1952
- VwRspr = Verwaltungs-Rechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht, München und Berlin
- WRV, WV = Weimarer Reichsverfassung vom 11.August 1919 (RGBl S.1383)
- Württ.-BadVerwGH = Württemberg-Badischer Verwaltungsgerichtshof
- ZPO = Zivilprozeßordnung vom 30.Januar 1877 (RGBl S.83) in der Fassung vom 12.September 1950 (BGBl S.533)

Schrifttumsverzeichnis

- ANSCHÜTZ, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.August 1919.
Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis. Vierte Bearbeitung, 14.Auflage, Berlin 1933
- " - Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt
in: Verwaltungsarchiv, Band 5, 1897, S.1-136
- " - Bericht zum Thema: Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofes auf andere als die in Artikel 19 Absatz 1 der Reichsverfassung bezeichneten Verfassungsstreitigkeiten auszudehnen ?
in: Verhandlungen des 34.Deutschen Juristentages zu Köln vom 12.-15.September 1926 II.Band, S.196-212, Berlin und Leipzig 1927
- APELT, Willibalt Anmerkung zur Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes vom 13. April 1951 - Vf 167 - V - 50 -VwRspr Band 4 (1952) S.13-26
in: VwRspr 4.Band (1952) S.26-27
- ARNDT, Adolf Das Bundesverfassungsgericht, II. Sein Verfahren
in: DVBl 152 S.1-5
- " - Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze
in: DÖV 1959, S.81-84
- " - Vollstreckbarkeit verfassungswidriger (Steuer-)Gesetze
in: BB 1959 S.533-535

- BACHOF, Otto Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes
in: SJZ 1950 Sp.161-169
- " - Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes und das Bundesverwaltungsgericht
in: DRZ 1950 S.245-247
- " - Verfassungswidrige Verfassungsnormen, Tübingen 1951
- " - Zur Auslegung des Artikel 100 Absatz 1 GG
in: DVBl 1951 S.13-15
- " - Nochmals: Zur Auslegung des Artikels 100 Absatz 1 GG in: DVBl 1951 S.110
- " - Zur Bedeutung des Entschädigungs-Junctims in Enteignungsgesetzen (zugleich eine Stellungnahme zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8.Dezember 1953, DÖV 1954 S.282) in: DÖV 1954 S.592-595
- " - Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht
in: JZ 1955 S.97-102
- " - Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE Band 1-3)
in: JZ 1957 S.334-342 und S.374-380
- " - Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 19. Februar 1957 - DÖV 1957 S.712-715
in: DÖV 1957 S.715
- BARBEY, Günther Bundesrecht bricht Landesrecht
in: DÖV 1960 S.566-575
- BARELLA, Max Behandlungszwang bei untergebrachten Personen ? in: NJW 1959 S.2291-2293
- BLOMEYER-BARTENSTEIN, Horst Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten und Rechte. Bearbeitet von Horst BLOMEYER-BARTENSTEIN/Günter OLZOG/Heribert NÄRGER/Ingeborg RUPRECHT unter der Leitung von Erich KAUFMANN. Frankfurt a.M.1951

- BOSCH, F.W. Bemerkungen zum "Gleichberechtigungsgesetz" in: FamRZ 1957 S.189-196
- BRENTANO, Heinrich von Schriftlicher Bericht.XI. Übergangs- und Schlußbestimmungen
Parlamentarischer Rat, Bonn 1948/49.
Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Drucksachen Nr.850, 854), erstattet von den Berichterstatlern des Hauptausschusses für das Plenum, S.61-105
- BREUNINGER Anmerkung zum Urteil des Badischen Verwaltungsgerichtshofs vom 18.Februar 1952 - 2.S. - 241/51 - DÖV 1952 S.279-284
in: DÖV 1952 S.284
- BUBENZER, Fritz Zur Überprüfung des Steuerrechts durch das BVerfG in: Rechts- und Wirtschafts- praxis, Lieferung 330 vom 10.Mai 1957, S.27-34 (14 Steuerrecht, D Allgemein, Einzelfragen 71)
- CLEMENS Reichsleistungsgesetz und Art.14, Absatz 3 des Bonner Grundgesetzes
in: MDR 1950 S.588-591
- DENNEWITZ, Bodo Verwaltung und Verwaltungsrecht, Wien 1944
- DIESTER, Hans Enteignung und Entschädigung nach altem und neuem Recht, (ohne Erscheinungsort) 1953
- DÜRIG, Günter Artikel 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen in: AöR Band 79 S.57-86, 1953/54
- " - Zurück zum klassischen Enteignungsbe- griff! in: JZ 1954 S.4-12
- " - Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems in: JZ 1955 S.521-525
- EHRENFORTH, Werner Enteignungsentschädigung und Bodenreform
in: DRZ 1949 S.270-272

- EHRENFORTH, Werner Die Enteignungsentschädigung nach Art. 14 des Bonner Grundgesetzes
in: DVBl 1950 S.266-269
- ENGELHARDT, Dieter Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat
in: JöR n.F.Band 8 (1959) S.102-138
- ENNECCERUS, Ludwig Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts.
Ein Lehrbuch von Hans Carl NIPPERDEY, 14.neubearbeitete Auflage, Tübingen 1952 (zitiert: ENNECCERUS-NIPPERDEY)
- FEIGENSPAN, Rolf Das richterliche Prüfungsrecht.
Dissertation, Leipzig 1933
- FIGGE Der neueste Stand der Lehre von der inzidenten Normenkontrolle
in: MDR 1953 S.391-393
- FORSTHOFF, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts.
1.Band, Allgemeiner Teil, 7.Auflage, München und Berlin 1958, ferner:
2.Auflage 1951, 3.Auflage 1953, 5.Auflage 1955, 6.Auflage 1956 (Wenn die Auflagenziffer nicht angegeben ist, handelt es sich um die 7.Auflage)
(zitiert: FORSTHOFF, § und Seite)
- " - Anmerkung zum Beschluß des BGH, GrZS vom 9./10.Juni 1952 - GSZ 2/52
in: JZ 1952 S.627-628
- " - Verfassungsrechtliche Bemerkungen zum Bausperren-Urteil des Bundesgerichtshofes in: DÖV 1955 S.193-196
- " - Zur neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
in: DÖV 1956 S.513-517
- FRIESENHAHN, Ernst Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz
in: DV 1949 S.478-485

- FRIESENHAHN, Ernst Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts
in: Recht, Staat, Wirtschaft,
Schriftenreihe für Staatswissenschaftliche Fortbildung, (herausgegeben von Hermann WANDERSLEIB) 2.Band 1950
S.239-281
- GEIGER, Willi Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.März 1951. Kommentar,
Berlin und Frankfurt a.M. 1952
(zitiert: GEIGER, BVGG)
- " - Die Beziehungen zwischen der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und der übrigen Gerichtsbarkeit im Bunde auf Grund des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVGG)
in: DRiZ 1951 S.172-175
- GIESE, Friedrich Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949. 4.Auflage, Frankfurt a.M.1955
(zitiert: GIESE, GG)
- " - Enteignung und Entschädigung früher und heute. Eine verfassungstheoretische Untersuchung, Tübingen 1950
(zitiert: GIESE, Enteignung)
- " - Zur Frage der Enteignungsentschädigung nach dem Bonner Grundgesetz
in: NJW 1950 S.290-292
- " - Enteignung ohne Ende
in: DRiZ 1953 S.61-62
- GREINER, Gottfried Wiederbelebung des klassischen Enteignungsbegriffes
in: DÖV 1954 S.583-587
- GÖTZ, Heinrich Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze in: NJW 1960 S.1177-1182

- HAAS, Diether System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955
(zitiert: HAAS, System)
- " - Eigentum und Enteignung
in: MDR 1951 S.650-653
- " - Wiederum: Eigentum und Enteignung (zum
Beschuß des BGH vom 9./10.Juni 1952)
in: MDR 1952 S.648-650
- " - Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 27.
Juni 1957 - I C 3/56 -
in: DVBl 1957 S.858-861
- HAMANN, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland vom 23.Mai 1949, Berlin, Neu-
wied, Darmstadt 1956
(zitiert: HAMANN, Artikel und Seite)
- " - Zur Abgrenzung von Enteignung und Sozial-
bindung in: NJW 1952 S.401-405
- " - Anmerkung zum Beschluß des BGH, GrZS vom
9./10.Juni 1952 - GSZ 2/52
in: NJW 1952 S.1176-1177
- " - Aussetzung der Vollziehung von Steuerbe-
scheiden bei verfassungsrechtlich zweifel-
haften Steuergesetzen
in: NJW 1959 S.1465-1470
- HAUEISEN Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17.4.
1953 - V ZR 116/52
in: DÖV 1953 S.370-371
- HENRICHS, Wilhelm Keine Verfassungsbeschwerde wegen angeb-
lich zu Unrecht angeordneter Blutentnah-
me nach § 372 a ZPO ?
in: FamRZ 1956 S.274-275
- HERHOLZ, Felix Bestätigung vorkonstitutioneller Vor-
schriften durch den Gesetzgeber
in: DÖV 1959 S.371-381

- HIPPEL, Ernst von Das richterliche Prüfungsrecht in: Hand-
buch des Deutschen Staatsrechts, heraus-
gegeben von Gerhard ANSCHÜTZ und Ri-
chard THOMA, Tübingen, 2.Band 1932
§ 99 S.546-563
- HUBER, Ernst Rudolf Verfassungsrecht des Großdeutschen Rei-
ches, 2.Auflage, Hamburg 1937/39
(zitiert: HUBER, Verfassungsrecht)
- " - Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II,
2.Auflage, Tübingen 1954
(zitiert: HUBER II)
- HUFNAGL, Franz Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der
amerikanischen und britischen Zone,
Berlin und München 1950
- " - Zur Auslegung des Artikel 100 Absatz 1 GG
in: DVBl 1951 S.277-278
- IPSEN, Hans Peter Grundgesetz und richterliche Prüfungs-
zuständigkeit in: DV 1949 S.486-492
- " - Die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit
von Gesetzen in: Deutsche Landesrefe-
rate zum III. Internationalen Kongreß
für Rechtsvergleichung in London 1950.
Herausgegeben von Ernst WOLFF. Sonder-
veröffentlichung der Zeitschrift für
Ausländisches und Internationales Pri-
vatrecht, Berlin und Tübingen 1950
- " - Wochenend' und Grundgesetz
in: DVBl 1950 S.385-390
- " - Enteignung und Sozialisierung, Bericht
in: VVDStRL 1952, Heft 10, S.74-123
- " - Rechtsfragen der Investitionshilfe
in: AöR 78.Band 1952/1953 S.284-334
- " - Die Hessische Bodenreform vor dem Bun-
desverfassungsgericht
in: DVBl 1953 S.617-620

- IPSEN, Hans Peter Gleichheit
in: Die Grundrechte, herausgegeben von
Ffanz L.NEUMANN/Hans Carl NIPPERDEY/
Ulrich SCHEUNER, Berlin 1954 S.111-198
- JAHREISS, Hermann Gesetz und Recht - Recht und Gesetz
(Zur Auslegung des Artikel 20 Absatz 3
des Bonner Grundgesetzes)
in: NJW 1950 S.3-6
- JELLINEK, Walter Das richterliche Prüfungsrecht in den
drei Ländern der amerikanischen Zone
in: Festschrift zu Ehren von Prof.Dr.
jur. Rudolf LAUN anlässlich der Vollen-
dung seines 65. Lebensjahres am 1.Ja-
nuar 1947. Gesammelt und herausgege-
ben von Gustav C.HERNMARCK, Hamburg
1948 S.269-274
(zitiert: JELLINEK, LAUN-Festschr.)
- " - Anmerkung zum Urteil des Hamburgi-
schen OVG vom 14.Oktober 1950 - Bf II
344/5 - in: DVBl 1951 S.283-284
- JERUSALEM, Franz W. Das Bonner Grundgesetz und die hessi-
sche Sozialisierung insbesondere der
Eisenbahnbetriebe in: NJW 1950 S.210-
212
- KERN, Ernst Zur Auslegung der Artikel 72 und 125
GG in: MDR 1950 S.68-71
- KIEFERSAUER, Fritz Die Grundrechtsgesetzgebung - eine
lex imperfecta? in: JR 1952 S.81-90
- KIRCHHEIMER, Otto Die Grenzen der Enteignung.
Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte
des Enteignungsinstituts und zur Aus-
legung des Artikels 153 der Weimarer
Verfassung, Berlin und Leipzig 1930
- KLEIN, Friedrich Tragweite der Generalklausel im Arti-
kel 19 Absatz 4 des Bonner Grundge-
setzes in: VVDStRL 1950 Heft 8 S.67-
125

- KLEIN, Friedrich Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Ehegattenbesteuerung in verfassungsrechtlicher Sicht
in: DÖV 1957 S.567-578
- " - Bundesverfassungsgericht und Ehegattenbesteuerung in: Finanzarchiv, n.F., Bd. 18, 1957/58 S.236-274
- KLEINRAHM, Kurt Das richterliche Prüfungsrecht bei Rechtsverordnungen
in: DVBl 1950 S.298-300
- KOELLREUTTER, Otto Deutsches Staatsrecht, Stuttgart und Köln 1953
- KOHLHAAS Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 31. August 1951 - SS 104/51 - in NJW 1951 S.854
in: NJW 1951 S.854-855
- KÖTTGEN, Arnold Gemeindliches Satzungsrecht und Grundgesetz in: DVBl 1955 S.445-450
- KRACHT, Ernst Die Bedeutung des Artikel 104 GG in der öffentlichen Fürsorge
in: DVBl 1950 S.517-520
- KRÜGER, Herbert Rechtsfragen der Sozialisierung in Hessen in: AöR, 77. Bd. 1951/52 S.46-66
- " - Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Artikel 19 GG
in: DÖV 1955 S.597-602
- KRÜGER, Hildegard/
BREITZKE, Ernst/
NOWACK, Kuno Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1958 (zitiert: Hildegard KRÜGER, Gleichberechtigungsgesetz)
- KRÜGER, Hildegard Die Verfassungswidrigkeit der lex SCHÖRNER (zugleich ein Beitrag zu Artikel 19 Absatz 1 S.1 GG)
in: DVBl 1955 S.758-763 und S.791-796
Schlußwort in DVBl 1956 S.399-400

- KRÜGER, Hildegard Kritische Bemerkungen zur Gesetzgebungstechnik in: DVBl 1956 S.711 f
- KÜCHENHOFF, Erich Ungeschriebene Bundeszuständigkeiten und Verfassungsauslegung in: DVBl 1951 S.585-588 und S.617-621
- KUTSCHER, Hans Die Enteignung, ein Beitrag zur Lehre von der Enteignung und vom Eigentum, Stuttgart und Berlin 1938
- LECHNER, Hans Zur Fortbildung des allgemeinen Grundenteignungsrechts in: DÖV 1950 S.298-305
- MANG, Johann § 24 des Reichsnaturschutzgesetzes verfassungswidrig in: BayVerwBl, 5. Jahrgang, n.F., 1959 S.146-147
- " - Enteignung in BayVerwBl, 5. Jahrgang, n.F., 1959 S.279 f
- MANGOLDT, Hermann von Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1953
- MANGOLDT, Hermann von/
KLEIN, Friedrich Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1957
3. Lieferung, Artt. 29-49, Juni 1959
- MAUNZ, Theodor Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch, 9. Auflage, München und Berlin 1959
- " - Anmerkung zur Entscheidung des Bad-StGH vom 31. August 1949 - StGH 3/49 in: VwRspr, Bd. 2 (1950) S.134-136
- MAUNZ, Theodor/
DÜRIG, Günter Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1959
- MAURY, Karl Entschädigungslose Enteignungen in: MDR 1954 S.144-147

- MENDE** Bericht zum Thema: Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofes auf andere als die im Artikel 19 Absatz 1 der Reichsverfassung bezeichneten Verfassungsstreitigkeiten auszudehnen?
in: Verhandlungen des 34.DJT zu Köln vom 12.-15.September 1926, II.Bd.,S.213-235
- MICHEL, Helmut** Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt in: NJW 1960 S.841-846
- NAUMANN, Richard** Eingriffe in die Reklamefreiheit unter Kontrolle der Verwaltungsgerichte
in: DVBl 1951 S.398-403
- NAUMANN** Buchbesprechung in: DVBl 1954 S.207
- NAWIASKY, Hans** Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Systematische Darstellung und kritische Würdigung), Stuttgart und Köln 1950
- NAWIASKY, Hans/
LECHNER, Hans** Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.Dezember 1946.
Ergänzungsband zu dem Handkommentar 1948
NAWIASKY - LEUSSER, München 1953
- NEBINGER, Robert** Allgemeines Polizeirecht. SCHAEFFERS Grundriß des Rechts und der Wirtschaft, Stuttgart und Düsseldorf, 1.-3.Tausend 1951 und 4.-6.umgearbeitetes Tausend 1954
(zitiert: NEBINGER, Polizeirecht)
- " - Die Ermächtigung der Polizei und die Bonner Beschlüsse in: DÖV 1949 S.161-164
- NIPPERDEY, Hans Carl** Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts in: JZ 1950 S.193-198
- OSWALD** Vor- oder nachkonstitutionelles Recht ?
in: DVBl 1958 S.563-565
- PAGENKOPF, Hans** Freiheit und Bindung des Eigentums in:
NJW 1952 S.1193-1197

- PATSCHKE, Horst Naturschutzrecht und Enteignung in:
BayVerwBl, 5.Jahrgang, n.F.,1959 S.277-
279
- PAULICK, Heinz Stellt die Zusammenveranlagungsvor-
schrift des § 26 EStG sog. vorkonsti-
tutionelles Recht dar, das nicht der
Normenkontrolle des Bundesverfassungs-
gerichts im Verfahren nach Artikel 100
Absatz 1 GG unterliegt ?
in: FamRZ 1956 S.47-50
- POHLE, Rudolf Das neue einheitliche Zivilprozeßrecht
in: MDR 1950 S.642-646
- REUSS, Hermann Anmerkung zu den Urteilen des VGH Frei-
burg vom 30.Juli 1953 - AZ 38/51 - und
VGH Stuttgart vom 16.Januar 1953 -
3 K 335/52 in: DÖV 1954 S.55-57
- RÖHL, Hellmut Die Nennung des eingeschränkten Grund-
rechts nach Artikel 19 Absatz I Satz 2
des Grundgesetzes
in: AöR 1956 Bd.81 S.195-214
- SCHACK, Friedrich Das Maß der Enteignungsentschädigung
in: MDR 1953 S.195-199
- " - Empfiehlt es sich, die verschiedenen
Pflichten des Staates zur Entschädi-
gungsleistung aus der Wahrnehmung von
Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und
Geltendmachung gesetzlich neu zu re-
geln ? Gutachten für den 41.Deutschen
Juristentag in: Verhandlungen des 41.
Deutschen Juristentages, Berlin 1955,
Tübingen 1955
(zitiert; SCHACK, Gutachten 41.DJT)
- " - Der für Aufopferungsanspruch neben der
Enteignungsentschädigung verbleibende
Raum in: JZ 1956 S.425-430

- SCHÄFER, Hans Anmerkung zum Urteil des Verfassungsgerichtshofs für Rheinland-Pfalz vom 25. April 1951 - VGH 1/51
in: JZ 1951 S.294 f
- " - Anmerkung zum Beschluß des Oberlandesgerichts Neustadt/Weinstraße vom 31. Oktober 1950 - Ws 75/50
in: DVBl 1951 S.321 f
- " - Zur Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs von Rheinland-Pfalz
in: JZ 1951 S.58-60
- " - Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit
in: JZ 1951 S.199-204
- " - Zwischenbilanz der konkreten Normenkontrolle nach Artikel 100 Absatz 1 GG
in: NJW 1954 S.1-5
- " - Verfahrensfragen der konkreten Normenkontrolle nach Artikel 100 Absatz 1 GG
in: NJW 1954 S.409-413
- SCHÄTZEL, Walter Gegenwartsfragen des richterlichen Prüfungsrechts in: NJW 1948 S.450-452
- SCHELCHER, Walter Eigentum und Enteignung nach der Reichsverfassung in: Fischers Zeitschr., Bd.60, 1927 S.137-203
- SCHEUNER, Ulrich Grundlagen und Art der Enteignungsschädigung in: Rudolf REINHARDT - Ulrich SCHEUNER, Verfassungsschutz des Eigentums, zwei Abhandlungen, Tübingen 1954
(zitiert: SCHEUNER, Verfassungsschutz)
- " - Die Abgrenzung der Enteignung
in: DÖV 1954 S.587-592

- SCHMIDT, Karl Zur Frage der Weitergeltung "vorkonstitutioneller" Ermächtigungen
in: NJW 1952 S.1239-1241
- SCHMITT, Carl Die Auflösung des Enteignungsbegriffes
in: JW 1929 S.495-497
- " - Hüter der Verfassung in: Beiträge zum
öffentlichen Recht der Gegenwart, Tübingen 1931
- SCHNEIDER, Hans Buchbesprechung in: DVB1 1951 S.776
- SCHNEIDER, Herbert Schutz des Eigentums durch den Bundesgerichtshof in: H.u.W.1952 S.402-403
- SCHOLTISSEK Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes
in: BB, 7.Jahrgang, 1952 S.981-984
- SCHÖNE, Lothar Öffentliche Gewalt und Eigentum (eine Untersuchung zu Artikel 14 und 19 des Grundgesetzes) in: DÖV 1954 S.552-556
- SCHULTZ, Ludwig Enteignungs-Entschädigung nach dem Grundgesetz in: BB 1951 S.12-14
- SCHÜTZ, Erwin Der unbestimmte Rechtsbegriff
in: DÖV 1954 S.556-559
- SELLSCHOPP, Hermann Zur Frage der Entschädigung in der Bodenreform in: DÖV 1952 S.242-246
- SIEVERS, Ernst-R. Das Normenkontrollverfahren bei geänderten vorkonstitutionellen Gesetzen
in: DRiZ 1957 S.78-80
- SONDERLAND, Max Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen nach Reichs- und preußischem Staatsrecht. Dissertation, Köln 1932
- SPANNER, Hans Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Wien 1951

- STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE Kommentar zur Zivilprozeßordnung;
18.neubearbeitete Auflage, Stand März 1956,
Bd.I, Tübingen 1953
- STICH, Rudolf Rechtsprobleme des Naturschutzes und der
Landschaftspflege
in: DÖV 1958 S.137-142
- " - Das Reichsnaturschutzgesetz gilt als Lan-
desrecht fort in: DÖV 1959 S.93-94
- STÖDTER, Rolf Öffentlich-rechtliche Entschädigung,
Hamburg 1933
- " - Über den Enteignungsbegriff (Bemerkungen
zum Enteignungsbeschluß des Bundesgerichts-
hofs)
in: DÖV 1953 S.97-101 und S.136-141
- THOMAS, Werner Vor- oder nachkonstitutionelles Recht
in: DVBl 1959 S.203-204
- TIETZ, Edwin Anmerkung zur Entscheidung des Staatsge-
richtshofs des Landes Hessen vom 4.August
1950 - P.St.62 in: AöR Bd.77 S.333-345
- ULE Enteignung und Sozialisierung (zur Göt-
tinger Tagung der Vereinigung der Deut-
schen Staatsrechtslehrer)
in: DVBl 1951 S.688-689
- VANGEROW Wichtigkeit des § 26 EStG 1951. Unter: Er-
läuterungen zur Rechtsprechung A. Zur Ein-
kommenssteuer in: Steuer und Wirtschaft
1957 Spalte 259-270
- WEBER, Werner Der Weg zum neuen Enteignungsrecht in:
Der deutsche Staat der Gegenwart, H.19
(Eigentum und Enteignung von Werner WEBER
und Franz WIEACKER), Hamburg 1935 (zitiert:
WEBER in Eigentum und Enteignung)

- WEBER, Werner Zur Problematik von Enteignung und So-
zialisierung nach neuem Verfassungs-
recht in: NJW 1950 S.401 ff.
- " - Anmerkung zum Beschluß des Deutschen
Obergerichts für das Vereinigte Wirt-
schaftsgebiet vom 13.April 1950 - I S
31/49 - AöR Bd.77 S.79-83
in: AöR Bd.77 S.84-86
- " - Eigentum und Enteignung
in: Franz L.NEUMANN/Hans Carl NIPPER-
DEY/Ulrich SCHEUNER: Die Grundrechte,
2.Bd.S.331-399, Berlin 1954
- " - Die Entschädigungspflicht bei Natur-
schutzmaßnahmen in: DVBl 1955 S.40-45
- WOLFF, Ernst Die Freiheit als Rechtsbegriff
in: JR 1950 S.737-740
- " - Wie weit gilt nach Artikel 123 bis 126
des Grundgesetzes bisheriges Recht
fort? in: DRZ 1950 S.1-6
- WOLFF, Hans J. Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch,
3.Auflage, München und Berlin 1959
(zitiert: WOLFF, § und Seite)
- ZINN Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz.
Referat in: Verhandlungen des 37.Deut-
schen Juristentages in Köln am 17.Sep-
tember 1949, Tübingen 1950 S.46-68
- ZINN, Georg August/
STEIN, Erwin Die Verfassung des Landes Hessen. Kom-
mentar, Bad Homburg vor der Höhe und
Berlin, 1.Bd. 1954
- ZIPPELIUS Das Verbot übermäßiger gesetzlicher
Beschränkung von Grundrechten
in: DVBl 1956 S.353-355

Einleitung

Als mit dem Bonner Grundgesetz (GG) am 24. Mai 1949 zum ersten Male für das Gebiet der drei westlichen Besatzungszonen wieder eine gesamtstaatliche Verfassung in Kraft trat, fand diese auf nahezu allen Rechtsgebieten bereits mehr oder weniger vollständige rechtliche Regelungen vor. Es mußte sich daher die Frage nach dem Verhältnis dieses alten, sog. "vorkonstitutionellen" Rechts zum Bonner Grundgesetz ergeben.

Zunächst war zu fragen, ob das alte, vorkonstitutionelle Recht überhaupt im Grundsatz übernommen werden sollte. Diese Frage hat Art. 123 des GG positiv i. S. der Rechtskontinuität so beantwortet, daß alles alte Recht fortgelten solle, das dem GG nicht widerspreche.

Hierbei tauchte das Problem auf, inwieweit das vorkonstitutionelle Recht im einzelnen an allen - oft sehr strengen - materiellen und formellen Erfordernissen des GG zu messen sei, denen es weitgehend gar nicht genügen konnte.

Sodann war zu klären, wie das vorkonstitutionelle Recht fortgelten sollte, inwieweit es Bundes- und inwieweit es Landesrecht werden sollte. Hierüber enthalten die Artt. 124, 125 des GG eine eingehende Regelung.

Schließlich war die Frage aufzuwerfen, wem das Recht zustehen sollte, zu prüfen und darüber zu entscheiden, ob und wie das vorkonstitutionelle Recht fortgelte. Nur ein Teil dieses Fragenkomplexes ist im GG ausdrücklich geregelt: Art. 126 GG weist die Entscheidungsbefugnis bei Meinungsverschiedenheiten über das Fortgelten von Recht als Bundesrecht dem Bundesverfassungsgericht zu.

Ziel dieser Untersuchung ist nicht, das Verhältnis des vorkonstitutionellen Rechts überhaupt und insgesamt zum Grundgesetz darzustellen. Es sollen hier vielmehr nur einige Einzelfragen aus dem Bereich der Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts im Rahmen des Grundgesetzes herausgegriffen werden, die sich in der bisherigen Rechtsprechung und im

Schrifttum als besonders bedeutsam und problematisch erwiesen haben.

So hat sich im Rahmen der Frage, inwieweit vorkonstitutionelles Recht an allen materiellen und formellen Erfordernissen des GG zu messen sei, das Problem gestellt, ob und inwieweit die in Art.14 Abs.3 GG für Enteignungseingriffe und die in Art.19 Abs.1 und 2 GG für Grundrechtseingriffe überhaupt vorgeschriebenen Voraussetzungen auch an das vorkonstitutionelle Recht, das diese größtenteils gar nicht oder nicht in der vom Grundgesetz verlangten Form erfüllen konnte, als Gültigkeitsmaßstab angelegt werden müssen.

Ferner ist schon bald nach Inkrafttreten des Grundgesetzes streitig geworden, ob bei der Inzidentnormenkontrolle, d.h. bei der Prüfung von Gesetzen auf ihre (materielle und formelle) Vereinbarkeit mit dem geltenden Verfassungsrecht oder sonst höherrangigem Recht, das durch Art.100 Abs.1 GG geschaffene - negative - Entscheidungsmonopol der Verfassungsgerichte auch das vorkonstitutionelle Recht mit umfaßt.

Zur Lösung dieser Fragen könnten zwei Wege beschritten werden: Einmal könnte ganz allgemein von der Stellung des vorkonstitutionellen Rechts zum Grundgesetz ausgegangen werden, um sodann hieraus - gleichsam deduktiv - die sich für die Artt.14, 19 und 100 GG ergebenden Folgen herzuleiten. Da jedoch eine a l l g e m e i n e Auseinandersetzung mit dem Verhältnis des vorkonstitutionellen Rechts zum Grundgesetz weit über den durch das Thema gesteckten Rahmen hinausführen müßte, soll der andere mögliche Weg gewählt werden: gewissermaßen induktiv von den Regelungen der Artt.14, 19 und 100 auszugehen und sich auf die Erörterung der Problematik bei der Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts im Rahmen nur dieser drei Artikel zu beschränken.

Den Artikeln 14 Abs.3 und 19 Abs.1 und 2 des GG ist gemeinsam, daß in beiden Fällen verfassungsrechtliche Erfordernisse für Grundrechtseingriffe aufgestellt werden: Art.14 Abs.3 GG schafft Voraussetzungen für Eingriffe in das Grundrecht des Eigentums, während sich Art.19 mit den Anforderungen für

Eingriffe in Grundrechte überhaupt befaßt. Demgegenüber behandelt Art.100 Abs.1 GG die **a u f w e s e n t l i c h** **a n d e r e r E b e n e** liegende Frage des richterlichen Prüfungsrechts für Gesetze. Ist daher bei den Artt.14 und 19 GG zu fragen, ob und in welchem Umfange die in ihnen statuierten Erfordernisse auch für das **v o r k o n s t i t u -**
t i o n e l l e Recht verbindlich sind, so lautet bei Art. 100 Abs.1 GG die Frage, inwieweit sich das verfassungsgerichtliche negative Entscheidungsmonopol auch auf **v o r -**
k o n s t i t u t i o n e l l e s Recht erstreckt.¹⁾

Das hat zur Folge, daß die Problematik des Art.100 Abs.1 GG bezüglich seiner Anwendbarkeit auf vorkonstitutionelles Recht in einem besonderen zweiten Hauptteil getrennt zu behandeln sein wird.

1) FORSTHOFF, DÖV 1956 S.513-517 (S.514)

1. Hauptteil: Die Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts
im Rahmen der Artikel 14 Absatz 3 und 19 des Grundgesetzes

Wenn es sich auch bei den Artt.14 Abs.3 und 19 Abs.1 und 2 GG beide Male um die Anwendbarkeit bestimmter Verfassungserfordernisse auf vorkonstitutionelles Recht handelt, so soll dennoch die Problematik für beide Artikel im ersten Hauptteil in zwei g e s o n d e r t e n A b s c h n i t t e n behandelt werden. Denn obwohl Art.19 Abs.1 und 2 GG sich allgemein mit Grundrechtseingriffen befaßt, während Art.14 Abs.3 den Eingriff in das spezielle Grundrecht des Eigentums behandelt, stehen die Artt.14 Abs.3 und 19 Abs.1 und 2 GG n i c h t ohne weiteres im Verhältnis der generellen Norm zur Spezialnorm zueinander, sondern stehen zumindest teilweise als selbständige Regelungen n e b e n e i n a n - d e r ²⁾, so daß es nicht ohne weiteres möglich ist, von Art.19 als genereller Norm auszugehen und dann nur noch die sich bei der Spezialnorm ergebenden Besonderheiten herauszustellen.

Es ist daher notwendig, die Artt.14 Abs.3 und 19 Abs.1 und 2 GG getrennt darzustellen.

2) S.u.zu u. in Anm.336,337 (S.97)

1. Abschnitt: Die Bedeutung des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes für das vorkonstitutionelle Recht

Bei der Frage nach dem Verhältnis des Art.14 GG zum vorkonstitutionellen Recht stellt sich heute das Problem, welche Bedeutung die in Art.14 Abs.3, insbesondere die in Satz 2 des Abs.3 vorgeschriebenen Erfordernisse für das vorkonstitutionelle Recht gewonnen haben, inwieweit also auf Grund vorkonstitutionellen Rechtes oder durch vorkonstitutionelles Recht vorgenommene oder noch vorzunehmende Enteignungen heute durch Art.14 Abs.3 GG, insbesondere durch das in Satz 2 des Abs.3 enthaltene Entschädigungsjunktum, die sog. "Junktumklausel"³⁾, beeinflusst werden.

Um einen festen Ausgangspunkt zu gewinnen, muß zunächst kurz die Bedeutung des Art.14 Abs.3, insbesondere dieser "Junktumklausel" des Satz 2, überhaupt umrissen werden. Auf die Streitfragen, die Art.14 Abs.3 GG auch für nachkonstitutionelle Gesetze aufwirft, kann dabei hier nicht eingegangen werden. Auf sie wird später lediglich insoweit zurückzukommen sein, als es für das Verhältnis des Art.14 Abs.3 GG zum vorkonstitutionellen Recht von Bedeutung ist.

Aufbauend auf einer Darstellung und Kritik von Literatur und Rechtsprechung zur Frage der Anwendbarkeit der Enteignungserfordernisse des Art.14 Abs.3 GG auf das vorkonstitutionelle Recht soll sodann versucht werden, die für eine Lösung der Problematik wesentlichen Gedanken klar herauszuarbeiten und die sich ergebenden Konsequenzen für die Handhabung des Art.14 Abs.3 GG bei vorkonstitutionellem Recht aufzuzeigen.

Zum Schluß soll auch auf die Bedeutung der Rechtswegklausel des Art.14 Abs.3 Satz 4 GG für vorkonstitutionelles, ihr nicht entsprechendes Recht eingegangen werden.

3) Dieser Ausdruck wurde zuerst von IPSEN geprägt (IPSEN in VVDStRL H.10 S.74 ff (78 ff))

A. Kurzer Überblick über die Bedeutung der Enteignungserfordernisse des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes überhaupt

Art.14 GG ist unmittelbar geltendes Recht (Art.1 Abs.3 GG)⁴⁾, nicht etwa bloßer Programmsatz. Es müssen daher aus Art.14 Abs.3 GG unmittelbare Rechtsfolgen hergeleitet werden⁵⁾, d.h. alle heutigen Enteignungen stehen unter der unmittelbaren Herrschaft des Art.14 Abs.3 GG. Sofern den in Art.14 Abs.3 gesetzten Anforderungen nicht entsprochen ist, weil Art und Ausmaß der Entschädigung nicht entsprechend Abs. 3 Satz 2 und 3 geregelt sind oder das Wohl der Allgemeinheit (Art.14 Abs.3 Satz 1) nicht berücksichtigt wurde, sind solche dem Art.14 Abs.3 nicht entsprechenden Gesetze nichtig⁶⁾, die auf sie gestützten Verwaltungsakte anfechtbar.⁷⁾ Darüber herrscht im wesentlichen Einigkeit.⁸⁾ Bestritten ist nur, inwieweit diese, aus der Junktimklausel sich ergebende,

4) Vgl. v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14, II 5 S.414; EHRENFORTH DVBl 1950 S.266-269 (266); PAGENKOPF in NJW 1952 S.1193-1197 (1194 f).

5) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.1 IV 3 S.160

6) Vgl. v.MANGOLDT-KLEIN Art.14 VII 8b S.449; HUBER II S.55 unter 3b; IPSEN in VVDStRL H.10 S.74 ff (S.96 f); WEBER in NEUMANN/NIPPERDEY/SCHNEIDER S.384; DÜRIG in JZ 1954 S.4-12 (S.8 Sp.1); SCHACK in JZ 1956 S.425-430 (S.427 Sp.1); HAAS in DVBl 1957 S.860; WOLFF, VwR § 62 IVb 1, S.332; ARNDT DÖV 1959 S.81-84; BVerfG, Beschl.v.21.7.1955-1 BvL 33/51- in BVerfGE Bd.4 S.219-250 (S.235). Nach FORSTHOFF (VwR, 2.Aufl.§ 17 S.260) sind auch Gesetze bei S c h w e i g e n über die Entschädigungsregelung nicht nichtig, sondern aus dem mit Verfassungsvorrang geltenden Art.14 Abs.3 S.3 GG zu ergänzen.

Zu den Einzelfragen wegen des Wirkungsgrades verfassungswidriger Gesetze vgl. GÖTZ, NJW 1960 S.1177-1182

7) BACHOF in DÖV 1954 S.592-595 (S.592 Anm.2); IPSEN in VVDStRL H.10 S.74 ff (S.96/97); vgl. ferner die in Anm.6 Zitierten.

A.A.: SCHNEIDER, Verfassungsschutz S.147 und in DÖV 1954 S.587, nach dem auch Verwaltungsakte nichtig sind. Ebenso auch HUBER II S.55 unter 3b

8) Auf das Problem kann hier nicht eingegangen werden, da das über den durch die Fragestellung des Themas dieser Untersuchung gesteckten Rahmen hinausführen würde.

weitgehend als bedauerlich und unerwünscht, weil unpraktisch, empfundene Folge⁹⁾ nicht wenigstens eingeschränkt werden kann.

Aus Art.14 Abs.3 Satz 2 GG ist außerdem ein weiteres wichtiges Erfordernis für Enteignungsgesetze zu entnehmen: Enteignungen sind nur noch durch oder auf Grund förmlicher Gesetze möglich. Es muß sich also in jedem Falle um ein auf dem verfassungsmäßig dafür vorgesehenen, unter Mitwirkung aller am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe zustandegekommenes Parlamentsgesetz handeln.¹⁰⁾ Schon aus Art.14 Abs.3 Satz 2 GG folgt, daß es sich um eine positivrechtliche Norm handeln muß¹¹⁾, da das Gebot des Abs.3 Satz 2, Art und Ausmaß der Entschädigung zu regeln, nur von einer Norm des positiven Rechts erfüllt werden kann, denn eine "Regelung" von Art und Ausmaß der Entschädigung liegt erst in einer näheren Konkretisierung des in Art.14 Abs.3 Satz 3 GG angegebenen

-
- 9) BACHOF DÖV 1954 S.592 Sp.1; v.MANGOLDT-KLEIN Art.14 VII 8b, 2.Abs. (S.449)
- 10) Vgl. v.MANGOLDT-KLEIN Art.14 VII 7b (S.446); MAUNZ, Staatsrecht, § 17 IV 2b (S.130); DÜRIG in JZ 1954 S.4-12 (S.7 Sp.2); GREINER in DÖV 1954 S.583-587 (S.584 f); HAAS in DVBl 1957 S.858 Sp.2; ders. in MDR 1951 S.650-653 (S.651); WOLFF VwR § 62 IV b (S.331); BACHOF in DÖV 1954 S.593 Sp.1; JAHRREISS in NJW 1950 S.3-6 (S.3 Sp.2); BLOMEYER-BARTENSTEIN S.18 f, S.24; siehe auch JöR Bd.1 n.F. (1951) S.151 f: Das Wort "förmlich" wurde im Parlamentarischen Rat als überflüssig gestrichen. A.A.: WEBER in NEUMANN/NIPPERDEY/SCHÉUNER S.380 f; nach dem alles positive Recht ausreichen soll; OVG Hamburg, Urt. v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - in MDR 1953 S.700-702 (S.701 Sp.2); Württ/BadVGH-Stuttgarter Senat-Urt. v.18.2.1952-2.S.-241/51-in DÖV 1952 S.279-284 mit Anm.von BREUNINGER S.284; JELLINEK (Disk.Beitr.in VVDStRL, H.10 S.163 f; DVBl 1951 S.283 f Urteilsanmerkung), der allerdings zugesteht, daß grundsätzlich vom förmlichen Gesetz auszugehen sei; vgl. ferner SCHÉLCHER in Fischers Zeitschr.Bd.60 S.137-203 (177); Köttgen in DVBl 1955 S.445-450 (S.448 Sp.2)
- 11) WEBER in NEUMANN/NIPPERDEY/SCHÉUNER S.380 f; vgl. auch SCHÉLCHER in Fischers Zeitschr.Bd.60 S.137-203 (177)

Abwägungsprinzips. Der von JELLINEK¹²⁾ angeführte Gewohnheitsrechtssatz, jeder erhebliche Eingriff in die vermögensrechtliche Rechtssphäre des Einzelnen sei als Enteignung¹³⁾ aufzufassen und verpflichte zu angemessener Entschädigung¹⁴⁾ genügt diesem Erfordernis des Art.14 Abs.3 Satz 2 GG nicht. Die dem Art.14 Abs.3 Satz 2 GG völlig entsprechende Wendung des Art.19 Abs.1 Satz 1 GG, "soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann", beweist, daß die in Art.14 Abs.3 Satz 2 gebrauchte Wendung "nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes ..." nicht völlig isoliert zu betrachten ist, sondern daß es sich hier um einen fest umrissenen terminus technicus mit einer eindeutig definierbaren Bedeutung han-

- 12) JELLINEK, Disk.Beitr. in VVDStRL, H.10 S.163 f u. DVBl 1951 S.283 f; ebenso Württ/BadVGH in DÖV 1952 S.279-284 (Leitsatz 3 u. S.282 Sp.2) mit Anm. von BREUNINGER S.284 (siehe Anm.10). Vgl. ferner auch das Urt. des OVG Hamburg v.20.4.1953 (siehe Anm.10) in MDR 1953 S.700-702 (701), das in diesem Zusammenhang, allerdings ohne nähere Erläuterung oder Begründung, von Gesetz im materiellen Sinne spricht.
- 13) JELLINEK in DVBl 1951 S.284 Sp.1; zustimmend MAURY MDR 1954 S.144-147 (S.146)

- 14) Gegen JELLINEK daher mit Recht SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.147; NAUMANN, DVBl 1951 S.398-403 (S.400); DÜRIG, JZ 1954 S.4-12 (S.7 f, insbes. Anm.22); derselbe, JZ 1955 S.521-525 (S.521 Sp.1 unter b); derselbe, AöR Bd.79 S.57-86 (S.61 f) für den entsprechenden Fall des Art.19 Abs.1 S.2 GG; HAAS, MDR 1951 S.650-653 (S.652); GREINER, DÖV 1954 S.583-587 (S.585 Sp.2); BACHOF, DÖV 1954 S.592-595 (S.593 Sp.1); WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.384 f; BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 - 1 BvL 33/51 - BVerfGE 4 S.219-250 (S.231); Bad VerwGH Freiburg, Urt.v.31.3.1952 - AZ 23/51 - DVBl 1953 S.88-94 (S.94) = VwRspr Bd.5 S.86-99; OVG Hamburg, Urt.v.14.6.1951 - OVG Bf II 536/49 - DVBl 1952 S.244-246 (S.246). Im übrigen ist, worauf DÜRIG (JZ 1954 S.7 f) mit Recht hinweist, ein solcher Gewohnheitsrechtssatz in Rspr und Lit niemals allgemein anerkannt worden (vgl. auch BVerfG aaO [BVerfGE 4 S.231]; Carl SCHMITT, JW 1929 S.495-497 [S.496]).

Die in diesem Bereich liegenden enteignungsrechtlichen Probleme sind gerade immer derart im Streite gewesen, daß sich ein so klarer gewohnheitsrechtlicher Satz nie bilden konnte (vgl. auch ANSCHÜTZ, Art.153,9.,S.712).

delt.¹⁵⁾ Diese Wendung kehrt wieder z.B. in den Artt.2 Abs.2 Satz 3; 8 Abs.2; 13 Abs.3; 14 Abs.3 Satz 2; 16 Abs.1 Satz 2. In allen diesen Fällen geht es um Grundrechtseinschränkungen i.S. des Art.19 Abs.1 Satz 1. Bei allen Grundrechtseinschränkungen ist daher die Wendung "durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes" gleich auszulegen.¹⁶⁾ Bei dem überragenden Rang der Grundrechte als Grundpfeiler der Verfassung wollte der Grundgesetzgeber die Eingriffsmöglichkeiten in sie formalisieren und dadurch erschweren und daher Eingriffe, wenn überhaupt, nur dem ordentlichen Gesetzgeber gestatten.¹⁷⁾

Enteignungsgesetze müssen deshalb förmlich sein; Gewohnheitsrecht, aber auch das "positive" Verwaltungs- und Satzungsrecht scheiden aus.¹⁸⁾

15) v.MANGOLDT-KLEIN, Art.2,VII 1,Abs.2 u.3,S.190

16) GREINER, DÖV 1954 S.585 zu Anm.19; P.R.,Verhandlungen des H.A.S.,591; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 III 3 S.546 f; das ergibt sich auch nicht, wie v.MANGOLDT (Art.19,3., S.120) meint, aus Art.19 Abs.1 S.2 allein, sondern eben daraus, daß der Ausdruck "Gesetz" im Grundrechtskatalog als terminus technicus mit der alleinigen Auslegungsmöglichkeit "förmliches Gesetz" gebraucht ist; vgl. v.MANGOLDT-KLEIN aaO.

17) v.MANGOLDT-KLEIN, Art.2 VII 1 S.189 f; vgl. ferner die in Anm.130 zitierten.

18) v.MANGOLDT-KLEIN, Art.2,VII 1 Abs.3,S.190; Art.14,VII 7 b,S.446; Art.19,III 3,S.546; MAUNZ, § 19,II 2.,S.136; DÜRIG, JZ 1954 S.7 Sp.2; GREINER, DÖV 1954 S.584 Sp.2; HAAS, MDR 1951 S.651; WOLFF § 62 IV b (S.331 f); WERNICKE, BK, Art.19 II.Erl.1 b, S.4. Dem förmlichen Gesetz müssen dabei Notstandsgesetze nach Art.81 GG gleichgestellt werden, da diese gerade im Gesetzgebungsnotstandsfall das förmliche Gesetz ersetzen sollen. So mit Recht schon für die Zeit der WRV ANSCHÜTZ, Art.153,12.,S.717. Vgl. auch FIGGE, MDR 1953 S.391-393 (S.392 Sp.1) für die entsprechende Frage bei Art.100 Abs.1 GG. Vgl. ferner auch BVerfG, Beschl.v. 24.4.1952 - 1 BvL 34/51 - BVerfGE 1 S.261-263

Diese Auslegung wird durch die Entstehungsgeschichte des Art.14 Abs.3 bestätigt. Das Wort "förmlich" vor "Gesetz" war zunächst ausdrücklich vorgesehen und wurde später nur deshalb gestrichen, weil man es als überflüssig ansah, eben weil die in Art.14 Abs.3 Satz 2 gebrauchte Wendung als terminus technicus zu verstehen sei.¹⁹⁾

B. Die Bedeutung der Enteignungserfordernisse des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes für das vorkonstitutionelle Recht

Es wird darzulegen sein, ob und inwieweit diese nach Art.14 Abs.3 GG heute an ein Enteignungsgesetz zu stellenden Anforderungen auch für vorkonstitutionelle Gesetze Gültigkeitsvoraussetzung sind.

Zunächst ist dabei der Begriff des "vorkonstitutionellen Rechts" einzugrenzen.

I. Begriff des vorkonstitutionellen Rechts

Vorkonstitutionell im Verhältnis zum Bonner Grundgesetz sind alle Normen, die vor Inkrafttreten des GG, also vor dem 24.Mai 1949, in Kraft getreten sind.²⁰⁾ Nach diesem Zeitpunkt ergangene Gesetze konnten auch dadurch nicht mehr vorkonstitutionell werden, daß sie sich Rückwirkung auf einen vorkonstitutionellen Zeitpunkt beilegten.²¹⁾ Die in der Zeit zwischen dem 24.5.1949 (Inkrafttreten des GG) und dem 7.9.1949 (Zusammentritt des 1.Bundestages) in Kraft getretenen Gesetze sind bereits nachkonstitutionell.²²⁾ Wenn Art.123 Abs.1 GG auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Übernahme der Gesetzgebungsfunktionen durch den Bund für die

19) JÖR n.F.Bd.1 S.150 f, 152 f; vgl. auch WERNICKE, BK, Art.19 II.Erl.1b,S.4; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII 7b, S.446 u. Art.19 III 3 S.546 f. Der Raum für eine eingehende Auseinandersetzung mit diesem Problem fehlt hier, da es sich nicht um eine Frage der Bedeutung des Art.14 Abs.3 auf das vorkonstitutionelle Recht handelt.

20) Vgl.v.MANGOLDT-KLEIN,Art.14 VII 8c,S.450. Das BGG wurde am 23.5.1949 verkündet, trat also mit Ablauf des 23.5. 1949 in Kraft.

21) IPSEN, DVBl 1953 S.617-620 (S.618 f)

22) Dies ist im Falle der konkreten Normenkontrolle des Art.100 Abs.1 GG bestr.worden;s.u.S.124 ff.

Fortgeltung alten Rechts abstellt, so kann daraus nicht geschlossen werden, daß die Gesetzgebung vorher noch nicht an das GG gebunden war.²³⁾ Wenn auch erst mit dem Zusammentritt des 1. Bundestages der Bund tatsächlich seine Gesetzgebungsfunktionen übernahm, so war doch bereits seit dem 24. Mai 1949 das Grundgesetz in vollem Umfang verbindlich geworden (soweit es allerdings nicht nur Organisationsnormen für noch zu errichtende Organe enthielt). Das folgt ganz eindeutig aus Art. 145 Abs. 2 GG.

Vorkonstitutionell ist daher alles Recht, das aus der Zeit vor dem 24. 5. 1949 stammt.²⁴⁾

II. Darstellung der zur Frage der Anwendbarkeit des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes auf vorkonstitutionelles Recht vertretenen Meinungen

Art. 14 Abs. 3 GG mit seiner strengen Junktimklausel in Satz 2 ist gegenüber der Enteignungsvorschrift der vorhergehenden Weimarer Reichsverfassung von 1919 eine verfassungsrechtliche Neuerung.²⁵⁾ Nach Art. 153 WRV erforderte zwar jede Enteignung grundsätzlich eine angemessene Entschädigung, nach Abs. 2 Satz 2 war aber ausdrücklich der Entschädigungs-

23) HOLTKOTTEN, Art. 123, II. Erl. 5a, S. 8; vgl. ferner WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S. 387; BVerfG, Beschl. v. 24. 4. 1953 - 1 BvR 102/51 - BVerfGE 2 S. 237-266 (S. 257 f)

24) Auf die Frage, wann ein solches vorkonstitutionelles Gesetz durch nachkonstitutionelle gesetzgeberische Neufassung, Änderung oder Neuverkündung selbst nachkonstitutionell werden kann, ist hier nicht einzugehen; vgl. dazu die Ausführungen bei Art. 100, s. u. S. 144, 165.

25) IPSEN, VVDStRL H. 10 S. 79 f; WEBER, VVDStRL H. 10 S. 166 (Disk. Beitr.); BVerfG, Beschl. v. 21. 7. 1955 - 1 BvL 33/51 - BVerfGE 4 S. 219-250 (S. 232 f) = JZ 1955 S. 541 = NJW 1955 S. 1268 = DVBl 1955 S. 558

ausschluß durch Reichsgesetz zulässig.²⁶⁾ Nach 1933 verlor Art.153 WRV nach h.M. seinen Verfassungsrang.²⁷⁾ Vor Inkrafttreten des Art.14 Abs.3 GG bestanden daher für den Reichsgesetzgeber (und auch für den Landesgesetzgeber²⁸⁾) eine Vielzahl von Möglichkeiten, entschädigungslose Enteignungen anzuordnen, ohne mit dem geltenden Verfassungsrecht oder sonstigem höherrangigem Recht in Konflikt zu geraten.²⁹⁾

-
- 26) Durch die auf Grund des Art.48 Abs.2 WRV erlassene Notverordnung des Reichspräsidenten vom 5.6.1931 (RGBl I S.279 [309]) wurden sogar die Möglichkeiten zu entschädigungslosen Enteignungen noch erweitert, da hier- nach auf dem Gebiet des Städtebaus Enteignungen nach dem 13.8.1919 auch durch Landesgesetz entschädigungslos gestellt werden konnten. Vgl. dazu BayVerfGH, Entscheidung v.28.12.1956 - Vf 102 - VII - 55 - in BayVerfGHE n.F.Bd.9 (1956) II S.158-179 (S.163 f); diese Notverordnung konnte als Reichsgesetz i.S. des Art. 153 Abs.2 S.2 WRV angesehen werden, das entschädigungslose Enteignungen zuließ; sie war daher wirksam. Vgl. auch BGH, Urt.v.26.11.1954 - V ZR 58/53 - BGHZ 15 S.268-296 (S.280)
- 27) FORSTHOFF, JZ 1952 S.627-628; GIESE, DRiZ 1953 S.61 f; LECHNER, DÖV 1950 S.298-305 (S.299); DIESTER, Enteignung, S.37, S.50 (Art.153 WRV galt noch a c h 1945 weiter); BVerfG, Beschl.v.24.4.1953 - 1 BvR 102/51 - BVerfGE 2 S.237-266 (S.248 ff unter bb); DOG, Beschl. v.13.4.1950 - I S.31/49 - DVBl 1950 S.760-762 (S.761); BadStGH, Urt.v.27.11.1948 - StGH 3/48 - SJZ 1949 S. 215-220
A.A.: BGH, Beschl.des GrSZ v.10.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295 (S.274); ebenso SCHNEIDER, H.u.W. 1952 S.402 f; danach soll Art.153 WRV bis zum Inkrafttreten des GG mit Verfassungskraft fortgegolten haben.
- 28) Siehe Anm.26
- 29) Vgl. BVerfG, Beschl.v.24.4.1953 - 1 BvR 102/51 - BVerfGE 2 S.237-266 (S.237 Leitsatz 2 und S.248). Auf die Frage, ob solche Gesetze etwa gegen naturrechtliche überpositive Normen verstoßen konnten, wird unten (S. 19, insbes. S. 68 f f) noch zurückzukommen sein (vgl. dazu BVerfG, aaO S.253 f unter cc)

Bei allen solchen nicht mit Art.14 Abs.3 GG in Einklang zu bringenden Enteignungsnormen muß heute die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit und damit Rechtswirksamkeit auf sie gestützter Enteignungsmaßnahmen gestellt werden.

Schon bei der Darstellung von Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage soll eine Aufgliederung vorgenommen werden: Einmal kann zweifelhaft werden, ob auf Grund vorkonstitutioneller, dem Art.14 Abs.3 GG nicht entsprechender Gesetze heute, d.h. nach Inkrafttreten des GG, noch Enteignungen vorgenommen werden dürfen. Zum anderen ist zu fragen, welche Bedeutung Art.14 Abs.3 GG für bereits vor Inkrafttreten des GG erfolgte Enteignungen erlangt haben kann.

1) Nachkonstitutionelle Enteignungen auf Grund vorkonstitutionellen Gesetzes

Die zunächst darzustellende Problematik ergibt sich demnach aus folgender Fragestellung: Sind heute noch Enteignungen zulässig auf Grund eines vorkonstitutionellen Gesetzes, das den Erfordernissen des heutigen Art.14 Abs.3 GG nicht entspricht ?

Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des 1.Bundestages am 7.9.1949 gilt fort, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht (Art.123 Abs.1 GG). Vorkonstitutionelle Enteignungsgesetze gelten daher insoweit nicht fort, als sie dem Art.14 Abs.3 GG widersprechen. Wieweit ein solcher Widerspruch zu Art.14 Abs.3 bei vorkonstitutionellen Gesetzen möglich ist, hängt demnach davon ab, ob und in welchem Umfang Art.14 Abs.3 auf sie überhaupt Anwendung finden kann.

Zwar stellt Art.14 Abs.3 GG die Junktimklausel als generelle Enteignungsvoraussetzung auf, ohne daß der Wortlaut für eine Einschränkung nur auf nachkonstitutionelles Recht spräche. Dennoch erscheint es aber als sehr fraglich, ob Art.14 Abs.3 durch seine strengen und gegenüber der vorher gegebenen Verfassungslage neuen Erfordernisse alle vorkonstitutionellen Gesetze ohne weiteres als Enteignungsgrundlage ausscheiden wollte, obgleich solche Gesetze diese strengen Anforderungen gar nicht erfüllen konnten, da der

vorkonstitutionelle Gesetzgeber Art.14 Abs.3 nicht kannte. Es ist daher nicht zu verwundern, daß sich über die Frage der Anwendbarkeit des Art.14 Abs.3 GG und damit insbesondere die Anwendbarkeit der Junktimklausel auf vorkonstitutionelle Gesetze mehrere und unterschiedliche Meinungen herausgebildet haben.

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 21.7.1955³⁰⁾, der sich allerdings in erster Linie mit der Bedeutung der Junktimklausel für nachkonstitutionelle Gesetze befaßte, "vorsorglich ... bemerkt"³¹⁾, die Junktimklausel gelte für vorkonstitutionelle Gesetze nicht. "Soweit sie noch bei unbestrittener Geltung des Art.153 WV - der ursprünglich mit Verfassungskraft und später als einfaches Reichsgesetz fortgalt - erlassen worden sind, können sie mit Rücksicht auf ihre Entstehungszeit ohne weiteres als durch Art.153 Abs.2 Satz 2 WV ergänzt gelten".³²⁾ Eine Einschränkung soll nach Meinung des BVerfG nur dann gemacht werden, wenn solche vorkonstitutionellen Gesetze ausdrücklich die Entschädigung ausschließen oder eine nicht angemessene bzw. nicht dem Art.14 Abs.3 Satz 3 GG entsprechende Entschädigung vorsehen.³³⁾

Besonderheiten sollen für vorkonstitutionelle Gesetze aus der Zeit zwischen der Kapitulation am 8.5.1945 und dem Inkrafttreten des GG am 24.5.1949 gelten: Solche Gesetze seien bei Schweigen über die Entschädigungsregelung nicht ohne weiteres einer Ergänzung durch Art.153 WRV fähig. Denn Art.153 WRV sei in seiner Weitergeltung für diese Zeit bestritten gewesen, und das Schweigen des Gesetzgebers könne daher hier nicht ohne weiteres so gedeutet werden, daß

30) BVerfG - 1 BvL 33/51 - BVerfGE 4 S.219-250 = NJW 1955 S.1268 = DVBl 1955 S.558 = JZ 1955 S.541

31) BVerfGE 4 S.236 f

32) BVerfG aaO S.237 oben

33) Ebenso die Entscheidung des BayVerfGH vom 28.12.1956 - Vf 102 - VII - 55 - BayVerfGHE n.F.Bd.9 (1956) II S.158-179 (S.164 f); zuletzt BayVerfGH, Entscheidung v. 21.4.1960 - Vf 100 - VII - 59 - MDR 1960 S.561-562 (S.561)

eine Ergänzung durch den (gerade in seiner Weitergeltung bestrittenen) Art.153 WRV gewollt sei; das Schweigen des Gesetzgebers müsse hier vielmehr u.U. als Ausschluß jeder Entschädigung gewertet werden, "sofern nicht landesrechtliche und landesverfassungsrechtliche Bestimmungen eine andere Beurteilung verlangen".³⁴⁾ Es sei daher bei Gesetzen aus der Zeit zwischen 1945 und dem Inkrafttreten des GG stets eine besonders eingehende Prüfung erforderlich. Falls dabei das betreffende Gesetz so ausgelegt werden müsse, daß eine Entschädigung ausgeschlossen werden sollte, scheide es nach Inkrafttreten des Art.14 Abs.3 GG wegen Verfassungswidrigkeit als Enteignungsgrundlage aus.

Diese Erwägungen gehen im Grunde auf das Prinzip der verfassungskonformen Auslegung³⁵⁾ zurück. Danach sind Gesetze nicht für verfassungswidrig und damit nichtig zu erklären, solange sie noch im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden können, wenn sie also im Falle des Art.14 Abs.3 GG durch eine Ergänzung aus Art.153 WRV (oder Art.14 Abs.3 S.3 GG selbst) mit Art.14 Abs.3 GG in Einklang gebracht werden können³⁶⁾; eine solche verfassungskonforme Auslegung findet da ihre Grenze, wo sie zu einer Wortlaut und Sinn des Gesetzes widersprechenden Auslegung führen würde.³⁷⁾

Das BVerfG selbst hatte allerdings diese Grundsätze nicht im Zusammenhang mit der Problematik des Art.14 Abs.3 GG entwickelt.

34) BVerfG aaO S.237

35) Vgl. hierzu BVerfG, Beschl.v.7.5.1953 - 1 BvI 104/52 - BVerfGE 2 S.266-286 (S.267 Leitsatz 4 u. S.282); BayVerfGH, Entscheidung v. 23.12.1957 - Vf 107,114, 117 - VII - 56 - BayVerfGHE n.F.Bd.10 (1957) II S.113-125; vgl. ferner die in Anm.144 Zitierten.

36) Da die streng formelle Junktimklausel nach Ansicht des BVerfG für das vorkonstitutionelle Recht nicht gilt, ist hier der Raum für eine verfassungskonforme Auslegung frei.

37) BVerfG, Beschl.v.10.7.1958 - 1 BvF 1/58 - NJW 1958 S.1388 f; PATSCHKE, BayVBl 1959 S.278 Sp.2

Auch im S c h r i f t t u m wird weitgehend diese Meinung, die Junktimklausel gelte nicht für vorkonstitutionelle Gesetze, vertreten. Es sei nur zu fragen, ob der (vorkonstitutionelle) Gesetzgeber stillschweigend auf die Entschädigungsregelung des Art.153 Abs.2 S.2 WRV Bezug genommen habe und diese Regelung den Anforderungen des Art.14 Abs.3 S.3 GG genüge.³⁸⁾ Dies sei dann zu bejahen, wenn die Entschädigung nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder unangemessen geregelt sei, so daß sie dann nicht mehr im Einklang mit Art.14 Abs.3 S.3 GG ausgelegt werden könne.³⁹⁾ Besondere Vorsicht sei wiederum bei Gesetzen aus der Zeit zwischen Kapitulation und Inkrafttreten des GG geboten, da hier auch das S c h w e i g e n des Gesetzgebers den Ausschluß der Entschädigung bedeuten könne.⁴⁰⁾

Teilweise wird auch die Ansicht geäußert, vorkonstitutionelle Gesetze seien bei Nichtregelung der Entschädigung nicht durch Art.153 WRV, sondern unmittelbar durch den heute geltenden Art.14 Abs.3 S.3 GG selbst zu ergänzen.⁴¹⁾

Im übrigen kann nach Ansicht des B V e r w G⁴²⁾ bei vorkonstitutionellen Gesetzen die Entschädigungsregelung auch in Vorschriften enthalten sein, die a u ß e r h a l b d e s E n t e i g n u n g s g e s e t z e s s e l b s t stehen (so daß in diesem Falle eine Ergänzung aus Art.153 WRV oder Art.14 Abs.3 S.3 GG sich erübrigen würde).

38) HAAS, DVBl 1957 S.858

39) v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14,VII 8c,S.450; WOLFF § 62 IVb 1, S.332; WEBER, DVBl 1955 S.40-45 (S.43); BACHOF, DÖV 1954 S.592-594 (S.592,Anm.3); PATSCHKE, BayVBl 1959 S.277-279 (S.278); HUBER II S.55; MAUNZ Dt.Staatsrecht, § 23 III 6,S.189; HAAS, System S.30

40) S.o.S. 14 f ; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14,VII 8c,S.450

41) MAUNZ, Dt.Staatsrecht, § 23 III 6,S.189; HUBER II S.55; FORSTHOFF, § 17,S.306,Anm.5; GIESE, Enteignung,S.33; siehe auch SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.160 (Leitsatz 10); nach MAUNZ aaO ist Art.14 Abs.3 S.3 GG "verfassungsrechtliche Erzwingungsnorm" und tritt bei Verletzung des Art.14 Abs.3 S.2 GG unmittelbar in diese Lücke (allerdings nur bei vorkonstitutionellen Gesetzen).

Dies hat auch das OVG Hamburg entschieden (Urt.v.9.11.1950 - OVGBf II 184/50 - VwRspr Bd.3 S.461-466 [S.466]). Vgl. auch BACHOF, DÖV 1954 S.595

42) BVerwG, Vorlagebeschl.v.3.5.1956 - I C 142/54 - DVBl 1956 S.514-517 (S.516 Sp.1)

bb) Die These, Art.14 Abs.3 S.2 GG gelte nicht für vor-konstitutionelles Recht, wird in ganz konsequenter Weise ohne die oben dargestellten Einschränkungen von MANG vertreten.⁴³⁾ Vorkonstitutionelle Gesetze sollen demnach selbst dann, wenn sie die Entschädigung ausdrücklich ausschließenden oder unangemessen regeln, noch durch Art.153 WRV bzw. Art.14 Abs.3 S.3 GG⁴⁴⁾ ergänzbar sein und in dieser Form auch heute noch als Enteignungsgrundlage dienen können. Denn mit Inkrafttreten des GG seien alle verfassungswidrigen Bestimmungen und damit alle eine Entschädigung ausschließenden oder unangemessen regelnden Bestimmungen weggefallen, so daß solche eine Entschädigung ausschließenden Enteignungsgesetze heute ohne diese die Entschädigung ausschließenden Normen weitergälten. Damit bestünde dann aber kein sachlicher Unterschied mehr zu solchen Enteignungsgesetzen, die eine Entschädigung gar nicht regelten und aus Art.153 WRV ergänzt werden könnten. Daher sei auch bei der Entschädigung ausdrücklich ausschließenden Gesetzen an die Stelle des nichtigen Entschädigungsausschlusses die Entschädigungsregelung des Art.153 WRV bzw. des Art.14 Abs.3

43) MANG, BayVBl 1959 S.279 f; dazu neigt auch STICH, DÖV 1958 S.137-142 (S.141); MÖRTEL, BayVBl 1959 S.361-365; vgl. ferner die in Anm.45 zitierten Entscheidungen, auf die sich MANG beruft. Diese befassen sich jedoch gerade mit vorkonstitutionellen Enteignungsakten, so daß es fraglich ist, ob aus ihnen entnommen werden kann, daß auf solche die Entschädigung ausschließenden oder unangemessen - d.h. nicht i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG - regelnden Gesetze heute wirklich noch Enteignungen gestützt werden können (vgl. Anm.45).

44) Für eine Ergänzung vorkonstitutioneller Normen nicht durch Art.153 WRV, sondern durch den heute geltenden Art.14 Abs.3 S.3 GG treten die in Anm.41 Zitierten ein.

S.3 selbst einzusetzen.⁴⁵⁾

cc) Demgegenüber ist sowohl in der Literatur⁴⁶⁾ als auch in der Rechtsprechung⁴⁷⁾ die Ansicht vorgebracht worden, Art.14 Abs.3 S.2 GG gelte u n e i n g e s c h r ä n k t auch für das vorkonstitutionelle Recht. Die normalen Enteignungsgesetze haben nach WEBER⁴⁸⁾ ohnehin seit jeher die Entschädigungsfrage geregelt, so daß das Ergebnis, die Unwirksamkeit aller gegen die Voraussetzungen des Art.14 Abs.3 S.2 GG verstoßenden Gesetze, nicht zu praktisch untragbaren Folgen führen könne, wie dies die h.M. behauptete. Es handelt sich wohl stets um enteignungsrechtlich dubiose Gesetze, wenn sie gegen Art.14 Abs.3 GG verstießen, und es

-
- 45) So MANG, BayVBl 1959 S.146 f u. S.279 f; ferner MÖRTEL, BayVBl 1959 S.364; davon scheinen auszugehen auch NAUMANN, DVBl 1951 S.398-403 (S.401); HUBER II S.55 (der solche Gesetze direkt aus Art.14 Abs.3 S.3 GG selbst ergänzen will); BayVerfGH, Entscheidung v. 27.11.1948 - Vf 6 - VII - 47 - VWRspr Bd.1 S.125-134 (S.131 ff); BayVerfGH, in BayGVBl 1959 S.138-142 (S.139,142); OVG Münster, Urteil v. 4.5.1950 - IV A 305/49 - DVBl 1951 S.185 f; ob auch den Entscheidungen des BVerwG vom 26.3.1955 - BVerwG I C 101/53 - BVerwGE 2/35 - 36 u. v. 13.3.1957 - BVerwG V C 26/56 - BVerwGE 4/332-338 (Leitsatz 2 und S.334 f) die gleiche Auffassung zugrundeliegt, erscheint mir entgegen MANG (BayVBl 1959 S.279 f) fraglich, da beide Entscheidungen sich mit der Wirksamkeit vorkonstitutionell bereits vorgenommener Enteignungsakte befassen und m.E. das BVerwG nur feststellen wollte, daß vorkonstitutionell bereits vorgenommene Enteignungsakte nicht deswegen angegriffen werden können, weil sie auf Grund entschädigungsaus-schließender Gesetze ergingen. Für diese Auffassung spricht auch die Entscheidung des BVerwG vom 27.6.1957 - BVerwG I C 3/56 - BayVBl 1957 S.355-356, in der ausgesprochen wird, daß auf das die Entschädigung ausschließende Reichsnaturschutzgesetz deswegen unter der Herrschaft des GG keine Bauverbote (also Enteignungen) mehr gestützt werden können (S.356 Sp.2).
- 46) FORSTHOFF, § 17, S.306, zu u. in Anm.5 und FORSTHOFF, DÖV 1955 S.193-196 (S.195 f); WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.386 f; anscheinend auch SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.147.
- 47) BadVerwGH Freiburg, Urt.v.31.3.1952 - AZ 23/51 - DVBl 1953 S.88-94 (S.94) = VWRspr Bd.5 S.86-99; BadStGH - StGH 3/49 - VWRspr Bd.2 S.129-34
- 48) WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.386 f

erscheine daher gerechtfertigt, auch auf vorkonstitutionelle Gesetze den Art.14 Abs.3 GG streng anzuwenden.

In gleicher Weise hat der Badische VerwGH⁴⁹⁾ kategorisch ausgesprochen, daß "eine Enteignungsmaßnahme, die sich auf ein Gesetz stütze, das seinerseits nicht Art und Ausmaß der Entschädigung regelt"⁵⁰⁾, schlechthin unzulässig sei. Er hat diesen Grundsatz dann auf ein vorkonstitutionelles Gesetz angewandt.

dd) Der BGH⁵¹⁾ geht davon aus, daß man den Grundrechten und damit auch dem Eigentum und der Entschädigungsgarantie übergesetzlichen Charakter zuerkennen müsse und daß auch die Junktimklausel, wie sie Art.14 Abs.3 S.2 GG normiert habe, an diesem übergesetzlichen Charakter teilnehme.⁵²⁾ Über eventuell sich daraus ergebende Folgerungen für nachkonstitutionelle Enteignungen auf Grund eines vorkonstitutionellen, dem Art.14 Abs.3 S.2 GG nicht entsprechenden Gesetzes hat der BGH allerdings geschwiegen. Aus diesen Erwägungen des BGH müßte doch wohl der Schluß gezogen werden, daß der BGH die Junktimklausel auch auf vorkonstitutionelles Recht anwenden würde.⁵³⁾

Auch der BadStGH⁵⁴⁾ sieht im Eigentum ein ungeschriebenes und überstaatliches Grundrecht. Der Satz, daß Enteignungen nur auf gesetzlicher Grundlage, im öffentlichen Interesse und gegen gerechte Entschädigung erfolgen dürften, sei in den allgemeinen überstaatlichen Rechtssätzen begründet. Ob dabei Art.14 Abs.3 auch auf vorkonstitutionelles Recht streng wörtlich anzuwenden ist oder ob hier eine Ergänzung aus Art.153 WRV oder Art.14 Abs.3 S.3 GG möglich ist, hat der StGH nicht erwähnt.

ee) Das BVerwG hat versucht, der Frage, ob Art.14 Abs.3 S.2 GG für vorkonstitutionelle (und auch für nachkonsti-

49) BadVerwGH aaO (Anm.47)

50) BadVerwGH aaO S.94 Sp.1

51) BGH, GrSZ, Beschl.v.9./10.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295

52) BGH aaO S.275

53) Siehe WEBER, DVBl 1955 S.40-45 (S.43)

54) BadStGH, Urt. v. 15.1.1949 - StGH 2/48 - VwRspr.Bd.1 S.373-376 (S.375 f)

tutionelle) Gesetze zwingend gilt, dadurch zu entgehen, daß es seine Unzuständigkeit für die Nachprüfung von Gesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit Art.14 Abs.3 S.2 behauptete.⁵⁵⁾ Nach Art.14 Abs.3 S.4 GG stehe wegen der Höhe der Entschädigung der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen. Diese Zuständigkeit umfasse auch den G r u n d und die Höhe des Entschädigungsanspruches.⁵⁶⁾ Die a u s s c h l i e ß l i c h e Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte sei demnach auch dann gegeben, wenn die Enteignungsbehörde einen Entschädigungsanspruch gar nicht anerkannt habe und die Maßnahme aus diesem Grunde angefochten werde. Zur Begründung wird angeführt, der Streit über die Höhe des Anspruchs sei von der Frage nach seinem Grunde nicht zu trennen. Ferner werde bei anderer Auslegung die Gefahr widersprechender Gerichtsentscheidungen vergrößert und außerdem die ohnehin schon durch Art.14 Abs.3 S.4 GG begründete Doppelgleisigkeit des Rechtsweges noch weiter aufgespalten.⁵⁷⁾

Später ist das BVerwG allerdings selbst teilweise von dieser Ansicht abgewichen.⁵⁸⁾

55) Vgl. das Urt. v.8.12.1953 - I C 100/53 - DÖV 1954 S.282, 283 = BVerwGE 1 S.42-44; BVerwG, Urt.v. 20.5.1954 - BVerwG I C 73/53 - BVerwGE 1 S.140-144 (S.144); BVerwG, Urt.v.13.3.1957 - BVerwG V C 26/56 - BVerwGE 4 S.332-338 (S.335); vgl. auch JELLINEK, DVBl 1951 S.283 f (S.284). Damit deckt sich die Rspr des BGH nur scheinbar. Vgl.BGH, Urt. v.20.12.1951 - IV ZR 163/50 - BGHZ 4 S.266-279 (S.272 f); klarer BGH, Urt. v.26.11.1954 - V ZR 58/53 - BGHZ 15 S.268-296 (Leitsatz 1 und S.270); vgl. auch das Urt.v.17.4.1953 - V ZR 116/52 - NJW 1953 S.983 f.-- Vgl. zu dieser Problematik die sehr klare und einleuchtende Stellungnahme von BACHOF, DÖV 1954 S.593 f. Die Ansicht des BVerwG wird wohl nahezu einhellig abgelehnt; selbst wenn man den ordentlichen Gerichten die Prüfung des Grundes der Entschädigung zugesteht, ist diese nur V o r f r a g e . Vgl. BACHOF aaO; gegen das BVerwG ferner: HAUBISEN, DÖV 1954 S.283 f; derselbe, DÖV 1953 S.470 f; BACHOF, JZ 1957 S.341 u. S.375; SCHEUNER, DÖV 1954 S.587-592 (S.590); WOLFF, § 62 IV b 6, S.333; HAAS, System, S.32; auch MAURY, MDR 1954 S.144-147 (S.146); auch schon BACHOF, StJZ 1950 S.161-169 (S.167). Vgl. im übrigen die Ausführungen unten S.31.

56) BVerwG DÖV 1954 S.283 Sp.1

57) aaO S.283

58) Vgl. BVerwG, Urt.v.26.3.1955-BVerwG I C 101/53 - BVerwGE 2 S.35-36, wo auf eine materielle Prüfung des Enteignungscharakters einer Landschaftsschutzverordnung eingegangen wird. Vgl. dazu auch BACHOF, JZ 1957 S.375.

Soweit das BVerwG in einzelnen Entscheidungen materiell-rechtlich zu der Frage Stellung nahm, ob Art.14 Abs.3 S.2 GG auf vorkonstitutionelles Recht anwendbar sei, hat es diese Frage verneint.⁵⁹⁾

ff) Zwar liegen die verschiedenen Versuche, die Strenge der Junktimklausel ganz allgemein, also auch (und gerade) für nachkonstitutionelles Recht zu mildern, auf etwas anderer Ebene, dennoch aber sind sie bei der Frage der Anwendbarkeit des Art.14 Abs.3 GG auf das vorkonstitutionelle Recht zu erwähnen. Denn es fragt sich z.B., ob nicht Milderungen der Junktimklausel, wie sie etwa BACHOF⁶⁰⁾ vorgeschlagen hat, wenn sie schon mit dem BVerfG⁶¹⁾ für das nachkonstitutionelle Recht abzulehnen sind, nicht wenigstens für vorkonstitutionelle Gesetze bejaht werden könnten.

Man hat auf verschiedene Weise versucht, die Härte der Junktimklausel abzuschwächen.

FORSTHOFF hat ursprünglich die Auffassung vertreten⁶²⁾, bei Enteignungsgesetzen, die nicht dem Art.14 Abs.3 S.2 GG entsprächen, trete keine Nichtigkeit ein, sondern sei der mit Verfassungsvorrang geltende Art.14 Abs.3 S.3 GG an die Stelle der fehlenden oder fehlerhaften Entschädigungsregelung zu setzen.⁶³⁾ Dies müßte dann auch für vorkonstitutionelle Gesetze gelten. Später hat FORSTHOFF diese Ansicht auf n i c h t e i n d e u t i g e E n t e i g n u n g s g e s e t z e beschränkt.⁶⁴⁾

Damit sieht FORSTHOFF praktisch den Art.14 Abs.3 S.3 GG als das von Art.14 Abs.3 S.2 geforderte Gesetz an.⁶⁵⁾

59) BVerwG aaO; ferner Urt.v.13.3.1957 - BVerwG V C 26/56 - BVerwGE 4 S.332-338 (S.334 f); Urt.v.27.6.1957 - BVerwG I C 3/56 - BayVBl 1957 S.355-356 (S.356).

60) BACHOF DÖV 1954 S.594 f

61) BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 (s.o. Anm.30), BVerfG 4 S.219-250 (S.230)

62) FORSTHOFF, 2.Aufl. § 17, S.259 f; 3.Aufl. § 17, S.265 f

63) Ursprüngliche Ansicht FORSTHOFF's, 2.Aufl. § 17, S.259 f

64) FORSTHOFF, 3.Aufl. § 17, S.265 f

65) Vgl. auch MAUNZ, Dt.Staatsrecht, § 23 III 6, S.189, der (allerdings mit der h.M. nur für vorkonstitutionelle Gesetze) Art.14 Abs.3 S.3 selbst als "verfassungsrechtliche Erzwingungsnorm" in die Lücke springen läßt. Vgl. auch EHRENFORTH, DVBl 1950 S.266 ff (S.269); siehe auch oben S.16 zu u. in Anm.41.

FORSTHOFF hat allerdings diese Ansicht inzwischen im Hinblick auf die Entscheidung des BVerfG vom 21.7. 1955⁶⁶⁾ ausdrücklich aufgegeben.⁶⁷⁾

JELLINEK⁶⁸⁾ will eine fehlende oder fehlerhafte Entschädigungsregelung durch den angeblich gewohnheitsrechtlich geltenden ungeschriebenen Rechtssatz, daß jeder erhebliche Eingriff in die vermögenswerte Rechtssphäre des einzelnen als Enteignung aufzufassen sei und zu einer angemessenen Entschädigung verpflichte, ersetzen. Zwar erfordere Art.14 Abs.3 S.2 GG grundsätzlich ein f ö r m l i c h e s Gesetz, daneben müsse aber dieser Gewohnheitsrechtssatz auch genügen.

Einen ganz anderen Weg zur Abschwächung der Junktimklausel haben IPSEN und DÜRIG vorgeschlagen.

IPSEN hat die Möglichkeit erwogen, zu einem engeren, "klassischen" Enteignungsbegriff zurückzukehren und dadurch die Bedeutung der als unerwünscht empfundenen Junktimklausel des Art.14 Abs.3 S.2 GG einzuengen auf eben diese Fälle "klassischer" Enteignung.⁶⁹⁾ Für die außerhalb dieser "klassischen" Enteignung liegenden Fälle sei dann Entschädigungsausschluß möglich und so praktisch der Zustand des Art.153 WRV wiederhergestellt.

DÜRIG⁷⁰⁾ will die Abgrenzung, was Enteignung sei, in den Willen und die Verfügung des Gesetzgebers stellen, der allein selbst entscheiden solle, ob es sich um Enteignungen

66) BVerfGE 4 S.219-250 (s.o. Anm.30)

67) FORSTHOFF, § 17, S.306 Anm.4

68) JELLINEK, DVBl 1951 S.284 und in VVDStRL H.10 S.163 f (Disk.Beitr.)

69) IPSEN, VVDStRL H.10 S.93 f, S.97 f. Vgl. auch die in dieser Richtung liegenden Ausführungen von FORSTHOFF, 5.Aufl. § 17, S.262, der noch am konkreten öffentlichen Unternehmen als Enteignungserfordernis festhält und damit ebenfalls zu einem engeren Enteignungsbegriff gelangt. Dagegen z.B. HAMANN, NJW 1952 S.401-405 (S.401).

70) DÜRIG, JZ 1954 S.4 ff (S.8 Sp.2); so auch GREINER, DÖV 1954 S.583-587 (S.585). Dagegen SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.91 f; derselbe, DÖV 1954 S.587-592 (S.589 f); auch BACHOF, DÖV 1954 S.592-595 (S.594 Sp.2)

handele. DÜRIG schafft damit ebenfalls einen Raum für Eingriffe in das Eigentum, die nicht der (nur für die eigentliche Enteignung geltenden) Junktimklausel unterworfen sind.⁷¹⁾

BACHOF⁷²⁾ knüpft an die Gedanken FORSTHOFFs und DÜRIGs an. Art.14 Abs.3 S.2 GG sei praktisch überhaupt nur durchführbar bei für den Gesetzgeber erkennbaren, also eindeutigen Enteignungsgesetzen. Man dürfe die an den Gesetzgeber zu stellenden Anforderungen nicht überspannen und könne daher eine Entschädigungsregelung von ihm nicht in allen Gesetzen verlangen, die möglicherweise einmal irgendwann zu einer Vermögensbeeinträchtigung führen könnten, die dann vielleicht als Enteignung anzusehen wäre. Sonst wäre der Gesetzgeber gezwungen, bei Gesetzen u.U. gegen seine Überzeugung eine Entschädigungsregelung einzufügen, obwohl er den Enteignungscharakter des Gesetzes verneine. Auch für den Gesetzgeber gelte der Satz: nemo ultra posse obligatur. Der Verfassungsbefehl des Art.14 Abs.3 S.2 GG müsse demnach als auf eindeutige Enteignungsgesetze beschränkt gelten. Zu entschädigen sei bei nicht eindeutigen Enteignungsgesetzen dann aus Art.14 Abs.3 S.3 GG unmittelbar.⁷³⁾

Schließlich ist auch die Ansicht geäußert worden, Art.14 Abs.3 S.2 GG müsse weit ausgelegt werden. Es genüge, wenn der Gesetzgeber ü b e r h a u p t die Entschädigung regelt⁷⁴⁾, ohne daß sie den strengen Anforderungen des Art.14 Abs.3 S.2 u. 3 GG in allem genau entsprechen müßte. Eine Art.14 Abs.3 GG nicht entsprechende Entschädigungsregelung soll also anscheinend (weit) verfassungskonform i.S.des Art.14 Abs.3 ausgelegt werden.

71) Vgl. dazu auch HAAS, MDR 1952 S.648-650 (S.650 Sp.2 am Ende)

72) BACHOF, DÖV 1954 S.592-595; zustimmend v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII 8b, Abs.2, S.449 f

73) BACHOF aaO S.595

74) EHRENFORTH, DVBl 1950 S.266-269 (S.269); DÜRIG, JZ 1954 S.4-12 (S.8); BACHOF, aaO S.594 Sp.1; anscheinend auch WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.385 (Anm.94). Dagegen BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 (s.o. Anm.30); BVerfG 4 S.219-250 (S.232 f, 236)

Der Vollständigkeit halber sei auch noch die von IPSEN⁷⁵⁾ mitgeteilte Möglichkeit, durch Veränderung der Kommasetzung in Art.14 Abs.3 S.2 GG wenigstens Legalenteignungen vom Entschädigungsjunktim auszunehmen, erwähnt. Dieser Gedanke dürfte allerdings kaum noch unter die Erwägungen de lege lata einzureihen sein.

- 2) Vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes vorgenommene Enteignungen durch vorkonstitutionelles Gesetz oder auf Grund eines solchen Gesetzes

Neben der Frage, inwieweit vorkonstitutionelles, dem Art.14 Abs.3 GG nicht entsprechendes Recht heute noch gilt, also Enteignungen noch heute darauf gestützt werden können, hat sich das Problem ergeben, ob und inwieweit das Inkrafttreten des Art.14 Abs.3 GG solche Enteignungen, die bereits vor diesem Zeitpunkt vorgenommen worden waren, beeinflußt hat.

Solche vorkonstitutionellen Enteignungen durch oder auf Grund von Gesetzen, die dem Art.14 Abs.3 GG nicht entsprechen, können derart erfolgt sein, daß es sich um einen einmaligen, mit seiner Durchführung abgeschlossenen Enteignungsakt gehandelt hat, oder aber so, daß durch einen vorkonstitutionellen, einmaligen Akt eine Dauerbeschränkung des Eigentums eingetreten ist (z.B. Bauverbot nach Reichsnaturschutzgesetz), die bis in die Zeit nach Inkrafttreten des GG fort dauert.⁷⁶⁾

- a) Vorkonstitutionelle Enteignungen ohne Dauerwirkung

Enteignungen, die keine Dauerwirkung entfalten, sind z.B. alle Entziehungen einer Sache oder eines vermögenswerten Rechts. Nach Inkrafttreten des GG mußte die

75) VVDStRL H.10 S.172 (Redner: IPSEN): "Sie darf nur durch Gesetz, (!) oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt."

76) Vgl. etwa die den in Anm.230 zitierten Urteilen zugrundeliegenden Sachverhalte

Frage gestellt werden, ob Art.14 Abs.3 GG für vorkonstitutionell abgeschlossene Enteignungsakte, die durch oder auf Grund eines Gesetzes erfolgten, das den Anforderungen des heutigen Art.14 Abs.3 GG nicht entsprochen hätte, noch irgendeine Bedeutung erlangen konnte.

Die h.M.⁷⁷⁾ verneint dies mit der Begründung, Art.14 Abs.3 GG habe keine rückwirkende Kraft.⁷⁸⁾

Demgegenüber geht der BGH vom überpositiven Rang der in Art.14 Abs.3 statuierten Entschädigungsgarantie aus, die zu jeder Zeit, also auch vor Inkrafttreten des GG gegolten habe.⁷⁹⁾ Auf der Grundlage dieser Auffassung müßte man in der Tat zu der Folgerung kommen, auch vorkonstitutionell abgeschlossene Enteignungen hätten unter der

-
- 77) v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14, VII 8c, S.450; WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, S.387; MAUNZ, Dt. Staatsrecht, § 23 III 6 S.189; FORSTHOFF, § 17, S.306 f; WOLFF, § 62 IV b 1, S.332; PATSCHKE, BayVBl 1959 S.279 Sp.2; RUDOLF, DÖV 1959 S.674-678 (S.675); BVerfG, Beschl. v. 24.4.1953 - 1 BvR 102/51 - BVerfGE 1 S.237-266 (S.246); BVerwG, Urt.v.21.6.1956 - BVerwG I C 202/54 - BVerwGE 3 S.335-341 (S.337); OVG Münster, Bescheid v. 22.2.1952 - II A 1149/51 - MDR 1953 S.58 f; OVG Münster, Urt.v.3.4.1952 - II A 1340/51 - DVBl 1952 S.534 = OVG 5 S.221-223
- 78) Vgl. insbes. HUBER II S.55; IPSEN, VVDStRL H.10 S.97; KRÜGER, AöR Bd.77 S.46-66 (S.63); SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.147 f; HAAS, System S.30; derselbe, DVBl 1957 S.859 Sp.2; BVerwG, Urt.v. 26.3.1955 - 1 C 101/53 - DVBl 1955 S.638-640 (S.639); BGH, GrSZ, Beschl.v.9./10.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270 - 295 (S.274); OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (Leitsatz 2 und S.701 [f]); OVG Münster, Bescheid v.22.2.1952 - II A 1149/51 - MDR 1953 S.58 f u. Urt.v.3.4.1952 - II A 1340/51 - OVG 5 S.221 ff (S.223)
- 79) BGH, GrSZ, Beschl.v.9./10.6.1952 (siehe vorige Anm.), BGHZ 6 S.275; vgl. auch oben S.19

Herrschaft der (überpositiv geltenden) Junktimklausel gestanden.⁸⁰⁾

b) Vorkonstitutionelle Enteignungen mit Dauerwirkung
bis in nachkonstitutionelle Zeit

Es gibt auch vorkonstitutionell vorgenommene Enteignungen, die nur in einer Beschränkung des Eigentums bestanden, welche aber Dauercharakter hat und sich jedesmal wieder neu konkretisiert, wenn der Eigentümer sein Eigentum frei nutzen will.⁸¹⁾ Hierhin würde etwa ein Bauverbot gehören. Die Dauerbeschränkung kann sich dabei bis in nachkonstitutionelle Zeit erstrecken.

-
- 80) Vgl. dazu BadVerwGH Freiburg, Urt.v.31.3.1952 - AZ 23/51 - DVBl 1953 S.88-94 (S.94) = VwRspr Bd.5 S.86-99; auch schon BadStGH, Urt.v.15.1.1949 - StGH 2/48 - VwRspr 1 S.373-376 (S.375,376); vgl. auch HUBER II S.55, Anm.4; inkonsequent geht der BGH in seinem Urt.v.2.12.1955 - V ZR 75/54 - BGHZ 19 S.209-227 (S.211 f) selbst von der Wirksamkeit des Entschädigungsausschlusses in Art.153 Abs.2 S.2 WRV aus, der doch naturrechtswidrig sein müßte. Vgl. auch BACHOF, JZ 1957 S.431 Sp.2, der das Urt. des GrSZ v.9./10.6.1952 (s.o. Anm.78) anders auffaßt, da hier n u r die Anwendung der in Art.14 Abs.3 GG enthaltenen Gedanken auf nachkonstitutionelle Enteignungen w i r k u n g e n behauptet sei.
- Vgl. dazu ferner WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHUE-
NER S.356; HAMANN NJW 1952 S.1176 f (S.1176);
STÖDTER, DÖV 1953 S.97-101 und 136-141 (S.97 f);
vgl. dagegen BVerfG, Beschl.v.24.4.1953 - 1 BvR
102/51 - BVerfGE 2 S.237-266 (Leitsatz 3 und
S.248); BVerwG, Urt.v.26.3.1955 - 1 C 101/53 -
DVBl 1955 S.638-640 (S.638 Sp.2,639)
- 81) Vgl. dazu OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I
385/52 - MDR 1953 S.700-702; OVG Münster, Bescheid
v.22.2.1952 - II A 1149/51 - MDR 1953 S.58 f;
BVerwG, Urt.v.13.3.1957 - BVerwG V C 26/56 -
BVerwGE 4 S.332-338 (S.334 f); Urt.v.26.3.1955 -
1 C 101/53 - DVBl 1955 S.638-640 (S.638 f)

Nach der h.M.⁸²⁾ bleibt der Enteignungsakt, der ja vor-konstitutionell abgeschlossen ist, auch nach Inkrafttreten des GG unberührt, da das GG keinerlei rückwirkende Kraft habe.⁸³⁾ Soweit jedoch auf Grund dieser vorkonstitutionell vorgenommenen Enteignungen Enteignungswirkungen n a c h Inkrafttreten des GG sich verwirklichten, müßten diese gemäß Art.14 Abs.3 S.2 GG entschädigt werden, wobei Art und Ausmaß der Entschädigung entsprechend Art.14 Abs.3 S.3 GG festzusetzen seien.⁸⁴⁾

Auf seiner These aufbauend, die Junktimklausel gelte bereits als vorstaatliches Recht, müßte der BGH auch hier wieder schon den vorkonstitutionellen Enteignungsakt an der Junktimklausel messen, zumindest aber auch schon für vorkonstitutionelle Zeit und nicht erst vom Inkrafttreten des GG an den Entschädigungsanspruch gewähren.⁸⁵⁾

III. Stellungnahme und Lösung

Um einer Lösung des Problems der Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts im Rahmen des Art.14 Abs.3 GG näher zu kommen, werden zunächst die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vorgebrachten, unterschiedlichen Meinungen einer kritischen Betrachtung zu unterziehen sein. Sodann wird es darauf ankommen, die zur Lösung des Problems die-

82) v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII 8 c, S.450; WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.387; derselbe, DVBl 1955 S.40-45 (S.43); FORSTHOFF, § 17, S.307 Anm.1; PATSCHKE, BayVBl 1959 S.279 Sp.2; RUDOLF, DÖV 1959 S.674-678 (S.677 Sp.1); BVerwG, Urt.v.26.3.1955, DVBl 1955 S.638-640 (S.639 Sp.2); BVerwG, Urt.v.3.5.1956 - BVerwG I C 172/53 - BVerwGE 3 S.254-258 (S.257); OVG Münster, Bescheid v.22.2.1952 - II A 1149/51 - MDR 1953 S.58 f (= DVBl 1952 S.534-536); OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.701 f)

83) Vgl. die in Anm.78 zitierten Entscheidungen und Autoren.

84) Vgl.v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII 8 c, S.450; WEBER, DVBl 1955 S.40-45 (S.43 Sp.2); FORSTHOFF, § 17, S.307; RUDOLF, DÖV 1959 S.674-678 (S.677); BGH, Beschl. des GrSZ v.9./10.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295 (S.274 f); BVerwG, Vorlagebeschl.v.3.5.1956 - I C 142/54 - DVBl 1956 S.514-517 (S.516)

85) Vgl. die zu dieser Frage nicht ganz eindeutige Entscheidung des BGH (Beschl. des GrSZ v.9./10.6.1952 - BGHZ 6 S.274 f); vgl. auch BadStGH, Urt.v.15.1.1949 - StGH 2/48 - VwRspr Bd.1 S.373-376; vgl. ferner HUBER II S.56

nenden Gedanken herauszuarbeiten und die sich ergebenden Folgerungen für die Anwendbarkeit des Art.14 Abs.3 GG auf das vorkonstitutionelle Recht einheitlich darzustellen.

Auch hier sind wieder die beiden Fragen zu trennen: Zum ersten, ob vorkonstitutionelle Gesetze, die dem Art. 14 Abs.3, insbesondere seinem S.2, nicht entsprechen, heute noch gültig sind und nachkonstitutionell als Enteignungsgrundlage dienen können; zum zweiten, ob Art.14 Abs.3 S.2 noch eine Bedeutung erlangen konnte für bei Inkrafttreten des GG bereits vorgenommene Enteignungsakte.

- 1) Nachkonstitutionelle Enteignungen auf Grund vorkonstitutionellen Gesetzes, das dem Artikel 14 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes nicht entspricht

Die zu stellende Frage lautet zunächst: Welche Bedeutung hat Art.14 Abs.3 GG für vorkonstitutionelle Enteignungsgesetze, die nachkonstitutionell noch als Enteignungsgrundlage dienen sollen ?

a) Stellungnahme zu Schrifttum und Rechtsprechung

Für nachkonstitutionelle Enteignungsgesetze gilt die Jungtimklausel des Art.14 Abs.3 S.2 GG ohne weiteres.⁸⁶⁾ Für vorkonstitutionelle Enteignungsgesetze dagegen geht die in Schrifttum und Rechtsprechung wohl überwiegende Meinung mit dem BVerfG⁸⁷⁾ davon aus, die Jungtimklausel

86) Das ist wohl unbestritten. Bestritten ist nur, in welchem Umfange sie gilt, ob etwa nur für eindeutige Enteignungsgesetze (FORSTHOFF, BACHOF) oder solche, bei denen der Gesetzgeber die Enteignung gewollt hat (DÜRIG), und ob nicht etwa bei einem trotzdem vorhandenen Verstoß gegen Art.14 Abs.3 S.2 GG die Folgen der an sich eintretenden Nichtigkeit auf irgendeine Weise vermieden werden können (FORSTHOFF's frühere Ansicht: Art.14 Abs.3 S.3 gelte mit Verfassungsvorrang; JELLINEK: gewohnheitsrechtlicher Entschädigungsgrundsatz reicht aus).

87) Beschl.v.21.7.1955 - 1 Bvl 33/51 - BVerfGE 4 S.219-250 (S.236 f)

sei unanwendbar. Das BVerfG hat diese These nicht begründet. Die Ergänzung vorkonstitutioneller Gesetze aus Art. 153 WRV ist eine Folge der Nichtgeltung der Junktimklausel, keine Begründung dafür. Hinter dieser Behauptung steht aber wohl unausgesprochen die Furcht, es könnten sonst eine Vielzahl praktisch wichtiger vorkonstitutioneller Enteignungsnormen nichtig geworden sein.⁸⁸⁾

Dennoch erscheint die Behauptung des BVerfG, Art.14 Abs.3 S.2 GG gelte nicht für das vorkonstitutionelle Recht, wie FORSTHOFF mit Recht betont⁸⁹⁾, merkwürdig inkonsequent im Verhältnis zu den vorher vom BVerfG gegebenen Argumentationen zur Bedeutung des Art.14 Abs.3 S.2 GG für nachkonstitutionelle Gesetze⁹⁰⁾, zumindest aber als bloße lapidare Behauptung nicht ohne weiteres überzeugend. Hatte das BVerfG doch vorher⁹¹⁾ bei seiner Beweisführung, daß alle nachkonstitutionellen Gesetze bei Verstoß gegen Art. 14 Abs.3 S.2 GG nichtig seien, ausdrücklich die Möglichkeit abgelehnt, die Enteignungsnorm könne dann wegen der Entschädigung aus Art.14 Abs.3 S.3 GG ergänzt werden, da die Junktimklausel überflüssig sei, wenn man in Art.14 Abs.3 S.3 bereits die gesetzliche "Regelung" von Art und Ausmaß der Entschädigung sehe. Und für vorkonstitutionelle Gesetze sollte ohne weiteres eine Ergänzung durch den genauso unbestimmten und den Anforderungen an eine "Regelung" i.S. des Art.14 Abs.3 S.2 GG nicht genügenden Art.153 WRV möglich sein?⁹²⁾ Weiterhin steht nach Ansicht des BVerfG die Entschädigungsregelungskompetenz ausschließlich dem Gesetzgeber zu.⁹³⁾ Wenn aber wirklich nur der Gesetzgeber, nicht aber der Richter in der Lage sein soll, "die Interessen der Allgemeinheit und der von der

88) Vgl. z.B. BVerwG, Urt.v.26.3.1955 - 1 C 101/53 - DVBl 1955 S.638-640 (S.638 Sp.2); BGH, Beschl.v.4.2.1952 - IV ZB 79/51 - in VwRspr Bd.4 S.548-551 (S.550 f) = BGHZ 5 S.46-57

89) FORSTHOFF, § 17, S.306 Anm.5

90) BVerfG aaO S.228 ff (s.o.Anm.87)

91) aaO S.230

92) So BVerfG aaO S.237

93) aaO S.235

Enteignung betroffenen Einzelnen generell sachgemäß abzugrenzen"⁹⁴⁾, so hätte es doch wohl einer Begründung bedurft, daß bei vorkonstitutionellen Gesetzen der Richter selbst die Entschädigungsregelung aus Art.153 WRV soll ergänzen dürfen. Auch in der übrigen Rechtsprechung und im Schrifttum findet sich keine klare und eingehende Begründung für die Unanwendbarkeit des Art.14 Abs.3 S.2 GG auf vorkonstitutionelles Recht.⁹⁵⁾

Aber auch die Gegenansicht, die Art.14 Abs.3 GG auf vorkonstitutionelles Recht anwenden will⁹⁶⁾, vermag kein überzeugendes Argument dafür zu liefern. FORSTHOFF kommt zur Anwendbarkeit des Art.14 Abs.3 S.2 GG auf vorkonstitutionelles Recht anscheinend nur aus der rein negativen Erwägung, daß kein Grund für eine Sonderbewertung vorkonstitutionellen Rechts ersichtlich sei.⁹⁷⁾ WEBER⁹⁸⁾ meint, ältere Gesetze, die durch Art.14 Abs.3 S.2 GG heute in Frage gestellt würden, seien enteignungsrechtlich ohnehin dubiose Schöpfungen. Gerade sie habe Art.14 GG in ihrer Weitergeltung revidieren wollen. Mit den gleichen Worten ließe sich jedoch auch die Gegenansicht des BVerfG begründen, nach der ja auch vorkonstitutionelle Enteignungsgesetze durch Art.14 nicht unberührt bleiben, sondern inso-

94) aaO S.235

95) Vgl. z.B. nur HUBER II S.55; MÖRTEL, BayVBl 1959 S.364; BVerfG, Beschl.v.21.7.1955, BVerfGE 4 S.236 f; BVerwG, Urt.v.26.3.1955 - 1 C 101/53 - DVBl 1955 S.638-640 (S.638 [f]); Urt.v.13.3.1957 - BVerwG V C 26/56 - BVerwGE 4 S.332-338 (Leitsatz 2 und S.334 f); OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.701)

96) FORSTHOFF, § 17, S.306 zu u.in Anm.5; WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.386 f; vgl. auch SCHEUNER, Verfassungsschutz S.147 f; BadVerwGH Freiburg, Urt.v.31.3.1952 - AZ 23/51 - DVBl 1953 S.88-94 (S.94); BadStGH, Entscheidung v.31.8.1949 - StGH 3/49 - in VwRspr Bd.2 S.129-134 (S.133 f)

97) FORSTHOFF, § 17, S.306 Anm.5

98) WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.386 f

weit durch ihn "revidiert" werden, als auf jeden Fall eine Entschädigung (durch Ergänzung aus Art.153 WRV) zu leisten ist. WEBER's Begründung beweist n u r , daß heute keine entschädigungslosen Enteignungen mehr zulässig sind.

Der Weg des B V e r w G ⁹⁹⁾, der Junktimklausel auf prozessuale Weise beizukommen, enthält keine materiell-rechtlich bedeutsamen Gedanken zum Problem; dieses wird vielmehr lediglich von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit in die der ordentlichen Gerichtsbarkeit hinüberschoben; die Frage der Anwendbarkeit des Art.14 Abs.3 GG auf vorkonstitutionelles Recht wird jedoch einer Lösung nicht nähergebracht.¹⁰⁰⁾

b) Die Wortauslegung des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes

Aus dem Wortlaut des Art.14 Abs.3 S.2 GG ist die Frage seiner Anwendbarkeit auf vorkonstitutionelles Recht nicht zu lösen. Zwar ist er allgemein gefaßt, und man könnte meinen, daß er für alle Enteignungsgesetze gelte. Aber auch z.B. jede (neu eingeführte) Strafnorm pflegt ihrem Wortlaut nach zeitlich unbegrenzt zu gelten, und doch können zeitlich vor ihrem Inkrafttreten begangene Straftaten in keinem Falle mehr nach ihr bestraft werden.¹⁰¹⁾ Der Umfang der zeitlichen Geltung kann sogar in aller Regel nicht aus dem Wortlaut einer Vorschrift geschlossen werden.

Auch aus dem Zusammenhang des Grundrechtsteils und des GG überhaupt ergibt sich nichts.

99) S.o.S.19 ff (u. Anm.55)

100) Vgl. im übrigen die überzeugenden Ausführungen von BACHOF, DÖV 1954 S.593 f, denen in vollem Umfange zugestimmt werden muß.

101) Vgl. z.B. WEBER, AöR Bd.77 S.84-86; HAAS, System, S.51

c) Entstehungs- und Verfassungsgeschichte der Regelung in Artikel 14 Absatz 3 des Grundgesetzes

Aus der Entstehungsgeschichte des Art.14 Abs.3 GG ist nichts für die Frage seiner Anwendbarkeit auf vorkonstitutionelles Recht zu entnehmen. Dieses Problem ist, soweit ersichtlich, weder in Herrenchiemsee noch bei den Beratungen des Parlamentarischen Rates je erwähnt worden.¹⁰²⁾

Auch aus der Verfassungsgeschichte ergibt sich wenig. Zwar tauchten nach Inkrafttreten der WRV ähnliche Probleme auf, da auch Art.153 WRV nach h.M. den Eigentumsschutz in erheblicher Weise verstärkte¹⁰³⁾ und sich daher die Frage ergab, was mit solchen in Bezug auf die WRV vorkonstitutionellen Gesetzen zu geschehen hatte, die dem Art.153 WRV nicht entsprachen. Aber die Rechtslage unterschied sich damals dadurch wesentlich von der heutigen, daß bei allen gegen die Entschädigungsregelung des Art.153 WRV verstoßenden (auch nachkonstitutionellen) Gesetzen die fehlende Entschädigungsregelung unmittelbar aus Art.153 Abs.2 S.2 WRV

102) Vgl. JöR n.F.Bd.1 S.149-154; IPSSEN, VVDStRL H.10 S.78 f; HChBer S.22; HChE Art.17.

Im übrigen dürfen beim GG die Materialien ohnehin nicht überbewertet werden (DIESTER, Enteignung S.171 f), da es aus einem vielköpfigen Gremium hervorging und auch überhaupt nur der verobjektivierte gesetzgeberische Wille maßgebend ist. Vgl. auch BVerfG, Beschl.v.17.5.1960 - 2 BvL 11/59 u. 11/60 - NJW 1960 S.1563-1565 (S.1564); insbes. auch schon BVerfG, Urt.v.21.5.1952 - 2 BvH 2/52 - BVerfGE 1 S.299-322 (S.312); GIESE, Enteignung S.31; derselbe, NJW 1950 S.290-292 (S.291 Sp.1 unten)

103) RGZ 132 S.69-76 (S.76); vgl. auch WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.386.

Vgl. ANSCHÜTZ in Verwaltungsarchiv, Bd.5 (1897) S.1-136 (S.33 ff, 56, 59): Ursprünglich gab es keinen umfassenden Ersatzanspruch aus Schädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt (Enteignungen). Ein solcher wurde nur bei ausdrücklicher Normierung gewährt. Vgl. SCHACK, Gutachten z.41. DJT S.9 ff. Erst Art.153 WRV mit der ihm vom RG gegebenen weiten Auslegung schuf den Wandel (SCHACK aaO S.10 f, S.14). Hiergegen wandte sich allerdings insbes. CARL SCHMITT, JW 1929, S.495-497 (S.496): Art.153 WRV sei keine Grundlage für eine allgemeine Entschädigungspflicht für staatliche Eingriffe. Diese Ansicht wurde jedoch von der damaligen Rspr nicht übernommen.

selbst entnommen werden konnte.¹⁰⁴⁾ Bei Landesgesetzen war die Frage ihrer Weitergeltung bei Verstoß gegen Art.153 WRV ohne weiteres zu verneinen, da Entschädigungsausschluß nur durch Reichsgesetz möglich war.¹⁰⁵⁾

Einen Anknüpfungspunkt für die Frage der Anwendbarkeit der Junktimklausel auf vorkonstitutionelles Recht enthält nur der vom RG gebrachte Gedanke, daß, nachdem Art.153 WRV den Eigentumsschutz verstärkt habe, alle unter Geltung der WRV erfolgenden Enteignungen nun auch unter diesen verstärkten Verfassungsschutz des Eigentums gestellt werden müßten.¹⁰⁶⁾

- d) Der Sinn des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes; unterschiedliche Bewertung der in Artikel 14 Absatz 3 enthaltenen materiell-rechtlichen und der nur formalen Erfordernisse

Einen dicht an die Kernproblematik heranführenden Gedanken scheint mir das Urteil des OVG. Hamburg vom 20.4.1953¹⁰⁷⁾ zu enthalten, das sich allerdings nur mit der Bedeutung des Art.14 Abs.3 GG für vorkonstitutionelle Enteignungsakte, die Dauerwirkung bis in nachkonstitutionelle Zeit entfalten, zu befassen hatte. Dort wird ausgesprochen¹⁰⁸⁾, eine Rückwirkung komme denjenigen Bestimmungen des GG, die die Gültigkeit eines Gesetzes von bestimmten F o r m e r f o r d e r n i s s e n abhängig machten, grundsätzlich nicht zu.¹⁰⁹⁾ Der gleiche Gedanke klingt bei BACHOF¹¹⁰⁾ an, wenn er sagt, man könne nicht annehmen, daß der Verfassungsgeber das neu eingeführte F o r m e r f o r d e r n i s (s. des Art.14 Abs.3 S.2 GG) auch auf Altnormen zurückbeziehen wollte.

An dieser Stelle hat m.E.eine Lösung des Problems der Anwendbarkeit des Art.14 Abs.3 S.2 GG, der Junktimklausel,

104) Vgl. statt aller z.B. RGZ 132 S.69-76

105) KIRCHHEIMER, S.39 f; NAUMANN, DVBl 1951 S.398-403 (S.399 Sp.2); HUBER II S.54 f; BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 (s.o.Anm.30); BVerfGE 4 S.219-250 (S.232)

106) RGZ 132 S.69-76 (S.76); 128 S.18-34 (S.31); 104 S.137-141 (S.138); vgl. auch WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.386

107) OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702

108) OVG Hamburg aaO S.701 Sp.1

109) So auch HAAS, System S.30

110) BACHOF, DÖV 1954 S.592 Anm.3

und überhaupt des ganzen Art.14 Abs.3 GG auf vorkonstitutionelles Recht anzusetzen.

Ausgangspunkt ist dabei Art.123 Abs.1 GG, nach dem vorkonstitutionelles Recht dann weitergilt, wenn es dem Grundgesetz nicht widerspricht. Es wird sich ergeben, daß Art.123 Abs.1 mit dem Widerspruch zum GG nur den materiell-rechtlichen Widerspruch meinen kann.

Es gibt solche Verfassungsbestimmungen, die rein f o r m a l e Erfordernisse aufstellen. Solche Normen sind ohne u n m i t t e l b a r e n Einfluß auf irgendeinen konkreten Rechtszustand; sie regeln nicht selbst das materielle Recht, sondern dienen meist nur mittelbar der Sicherung materialer Rechte, indem sie nicht eine Rechtssituation selbst, sondern ein V e r f a h r e n regeln. Verfassungsrechtliche Verfahrensnormen sind etwa die Artt.76-78 des GG über das Gesetzgebungsverfahren: Hier wird keine materiale Rechtslage gestaltet, sondern lediglich ein formelles Verfahren geschaffen, das dann allerdings in höchstem Maße der Garantie und Sicherung einer materialen Rechtslage (eben des geltenden materiellen Verfassungsrechts) dient.

Daneben aber gibt es Verfassungsbestimmungen, die selbst unmittelbar eine Rechtslage gestalten, unmittelbar materielle Rechtsverhältnisse und Rechte schaffen.¹¹¹⁾ Eine solche materiell-rechtliche Bestimmung ist z.B. Art.14 Abs.3 S.1 GG: Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Eine Enteignung, die diesem Erfordernis nicht genügt, kann unter Einhaltung aller formalen Erfordernisse durchgeführt sein, sie beruht dennoch auf einer rechtlichen Wertung, die der verfassungsmäßigen Wertung nicht entspricht. Sie ist materiell-rechtlich nicht mit der Verfassung vereinbar.

111) Vgl. HAAS, System S.30. Diese Unterscheidung zwischen formalen und materialen Verfassungsbestimmungen findet sich insbes. auch in der Literatur zu dem unten zu behandelnden Art.19 Abs.1 u. 2 GG; vgl. z.B. WERNICKE, BK, Art.19 Erl.II 1, S.4. Vgl. ferner STEIN in ZINN-STEIN Art.63, 6 c Abs.3, 4 u. 7, S.313; vgl. ferner unten die in Anm.358 zitierten.

Das Anwendungsgebiet der formell-rechtlichen (formalen) Verfahrensnorm ist das Verfahren als solches. Eine Verfassungsnorm, die an Gesetze bestimmte Anforderungen formaler Art stellt, kann nur so verstanden werden, daß damit dem Gesetzgeber die Einhaltung dieser Formerfordernisse beim Gesetzgebungsverfahren vorgeschrieben wird; der durch eine solche Norm geregelte Sachverhalt, der durch sie erfaßte Tatbestand ist eben dieses Gesetzgebungsverfahrens. Der Sachverhalt, auf den sich eine Norm mit materiell-rechtlichem Rechtsgehalt bezieht, ist demgegenüber unmittelbar die materielle Rechtswirklichkeit, ein rechtlicher Zustand; eine solche Norm gestaltet selbst unmittelbar diese Rechtswirklichkeit, auf die sie sich bezieht.

Am Beispiel etwa der Artt.76-78 GG als (formale) Verfahrensnormen einerseits und des Art.102 GG als Norm mit eigenem materiellem Rechtsgehalt andererseits ließe sich nun folgendes aussagen: Der von den Artt.76-78 GG geregelte Sachverhalt ist das Gesetzgebungsverfahren. Da sich das GG keine Rückwirkung beimißt¹¹²⁾, gelten die Artt.76-78 GG erst vom Inkrafttreten des GG an für alle unter die Artt.76-78 fallenden Sachverhalte, d.h. also für alle Gesetzgebungsverfahren. Mit Recht ist dabei noch niemand auf den Gedanken gekommen, auch vorkonstitutionelles Recht müsse gemäß Artt.76-78 beurteilt werden, also nach ihnen zustande gekommen sein. Ganz abgesehen davon, daß vor Inkrafttreten des GG die hier vorausgesetzten Institutionen noch gar nicht bestanden und die Artt.76-78 gar nicht erfüllt werden konnten, so daß eine Beurteilung vorkonstitutionellen Rechts nach ihnen unsinnig wäre, ergibt sich dies aus dem Wesen der Artt.76-78 als Verfahrensnormen, die mangels ausdrücklich angeordneter Rückwirkung nur auf künftige Verfahren Anwendung finden können.¹¹³⁾

112) Vgl. zur Problematik der Rückwirkung überhaupt etwa WEBER, AöR Bd.77 S.84-86

113) Vgl. dazu auch das in Anm.227 zitierte Urt. des BGH

Auch Art.102 GG gilt mangels ausdrücklich angeordneter Rückwirkung nur für künftige Sachverhalte. Der von Art.102 als materiell-rechtlicher Norm mit eigenem Rechtsgehalt¹¹⁴⁾ geregelte Sachverhalt ist jedoch die unmittelbare Rechtswirklichkeit. Durch Art.102 GG selbst ist die Todesstrafe abgeschafft. Daher ist alles Recht, anders als bei den Artt.76-78 GG auch das vorkonstitutionelle, unter die unmittelbare Geltung des Art.102 GG getreten. Diese Wirkung materiell-rechtlicher Normen, unmittelbar und aus eigener Kraft in alle, auch die schon bestehenden Rechtsverhältnisse einzugreifen und sie u.U. materiell zu ändern, ist der Normalfall und wird als u n e c h t e R ü c k w i r k u n g, die keinesfalls mit echter Rückwirkung zu verwechseln ist, bezeichnet.¹¹⁵⁾

Art.123 Abs.1 GG, der den Ausgangspunkt für alle Fragen der Fortgeltung vorkonstitutionellen Rechts bildet, kann hiernach nur auf den Widerspruch mit materiell-rechtlichen Normen des Grundgesetzes abstellen. Gerade weil Normen, die dem Gesetzgeber die Einhaltung bestimmter Formerfordernisse vorschreiben, ihrem Wesen nach sich nur auf das V e r f a h r e n bei der Gesetzgebung beziehen, können vorkonstitutionelle Gesetze nicht nachträglich an diesen jetzigen, vom Grundgesetz aufgestellten Verfahrensnormen gemessen werden, da diese, mangels ausdrücklicher Anordnung ihrer Rückwirkung, nur für künftige Verfahren gelten können.¹¹⁶⁾ Da aus Art.123 Abs.1 GG nicht geschlossen werden kann, er habe in irgendwelcher

114) Vgl. STEIN in ZINN-STEIN, Art.63, 6 c, Abs.3, S.313

115) Vgl. HAAS, System S.51: Unechte Rückwirkung ist der Normalfall. Das könnte man auch per argumentum e contrario aus Art.103 Abs.2 GG entnehmen, der eine ausdrückliche Ausnahme statuiert und auch die unechte Rückwirkung verbietet, da neue Strafbestimmungen n u r u n d e r s t auf künftige e n t s t e h e n d e Sachverhalte (= künftige Straftaten) angewandt werden sollen.

116) HAAS, System S.30: F o r m a l e, Sicherungs- und Warnzwecken dienende Gebote an den konstitutionellen Gesetzgeber können keine Rückwirkung gegen den früheren Gesetzgeber auf dem Umweg über Art.123 Abs.1 GG erlangen.

Hinsicht eine (echte) Rückwirkung anordnen wollen, kann die Wendung "dem Grundgesetze ... widerspricht" in Art.123 Abs.1 GG nur auf den materiell-rechtlichen Widerspruch zum GG bezogen werden. Denn wenn Art.123 Abs.1 GG tatsächlich auch auf den Widerspruch mit formalen (Verfahrens)Normen des Grundgesetzes abstellen würde, so würde das nach dem Gesagten praktisch die Anordnung ihrer Rückwirkung bedeuten. Ein derartiger Wille kann Art.123 Abs.1 GG nicht unterstellt werden.¹¹⁷⁾

Nach Inkrafttreten neuer, formaler (Verfahrens)Normen kann daher ganz allgemein die Gültigkeit vor Inkrafttreten dieser Normen liegender Akte (hier Gesetze) nicht auf Grund dieser neuen Normen in Zweifel gezogen werden¹¹⁸⁾, sofern nicht ausdrücklich eine Rückwirkung angeordnet ist.

Eine Differenzierung zwischen materiell-rechtlichen und lediglich formalrechtlichen, verfahrensmäßigen Erfordernissen in Art.14 Abs.3 GG müßte daher einen Schlüssel zur Lösung des Problems seiner Anwendbarkeit auf das vorkonstitutionelle Recht bieten.

Art.14 Abs.3 Satz 1 GG enthält, wie schon oben¹¹⁹⁾ gesagt, eine materielle Rechtsregel. Jede nachkonstitutionell vorzunehmende Enteignung hat diesem Erfordernis zu genügen, auch wenn sie auf Grund eines vorkonstitutionellen Gesetzes vorgenommen wird.

117) Vgl. HAAS, System S.30

118) Vgl. DOG, Beschl.v.13.4.1950 - I S 31/49 - DVB1 1950 S.760-762 (S.761,762); STÖDTER, DÖV 1953 S.98. Vgl. ferner Anm.141; dies deckt sich im Prinzip mit den zu Art.80 GG entwickelten Grundsätzen: Auch bei Artt.80 Abs.1 und 84 Abs.1 GG werden die formalen Erfordernisse nicht auf vorkonstitutionelles Recht angewandt. Vgl. dazu etwa HAAS, System S.30; ferner BGH, Beschl.v.4.2.1952 - IV ZB 79/51 - DVB1 1952 S.411 f mit Anm.BACHOF, S.412 f; BGH, Gutachten vom 25.1.1953 - VRG 5/51 - DVB1 1953 S.370 f; HOLTKOTTEN, BK, Art.129,II. Erl.D (S.11 f); SCHMIDT, NJW 1959 S.1239-1241; ferner BVerwG, Urt.v.3.11.1955 - BVerwG I C 15/53 - BVerwGE 2 S.295-302 (S.298)

119) S.o.S. 34

Einen in gleicher Weise materiellen Rechtsgedanken enthält Art.14 Abs.3 Satz 3 GG; das GG liefert hier materielle Maßstäbe, nach denen die Entschädigung abzuwägen ist. Auch dies Erfordernis hat für alle nachkonstitutionellen Enteignungen absolute Geltung, auch wenn sie auf Grund vor-konstitutioneller Gesetze erfolgen.

In größere Schwierigkeiten führt erst die Regelung des Art. 14 Abs.3 Satz 2, der sog. "Junktimklausel". Art.14 Abs.3 S.2 enthält jedenfalls insoweit einen materiellen Rechtsgedanken, als aus ihm zu entnehmen ist, daß eine Enteignung nur noch gegen Entschädigung möglich ist, also keine Möglichkeit für einen Entschädigungsausschluß mehr besteht.¹²⁰⁾ Art.14 Abs.3 Satz 2 GG hat jedoch daneben noch eine weitere Funktion: er dient gleichzeitig der Sicherung dieses materiell-rechtlichen Erfordernisses.¹²¹⁾

Es kommt also darauf an, inwieweit Art.14 Abs.3 S.2 GG formalen Charakter hat, inwieweit er nur der formalen Sicherung des Grundrechts des Eigentums dient¹²²⁾ und damit - mangels ausdrücklich angeordneter Rückwirkung - nur für die Zukunft unübersteigbare formale Schranken gegen materielle Verletzungen des Grundrechts des Eigentums schaffen will.

120) V.MANGOLDT, Art.14,1.,S.99; IPSEN, VVDStRL, H.10 S.79 f; WEBER, VVDStRL, H.10 S.166 (Disk.Beitr.); NAUMANN, DVBl 1951 S.398-403 (S.400, Sp.1, S.401,S.1); SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.93; FORSTHOFF, § 17,S.306; GIESE, Enteignung, S.30; DIESTER, Enteignung, S.53; STICH, DÖV 1958 S.137-142 (Sp.141); NIPPERDEY, JZ 1950 S.193-198 (S.194 Sp.2); OVG Hamburg, Urt.v. 20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.701). Vgl. auch MAURY, MDR 1954 S.144-147 (S.145 f), der nur verlangt, daß im Enteignungsgesetz grund-sätzlich eine Entschädigung bestimmt sei. Bei wirtschaftlich wertlosen Objekten solle dagegen eine entschädigungslose Enteignung möglich sein. Hier müßte jedoch m.E. richtigerweise mit dem Gedanken der Vorteilsausgleichung geholfen werden; vgl. dazu LECHNER, DÖV 1950 S.298-305 (S.301 Sp.2).

121) Vgl. BACHOF, DÖV 1954 S.592-595 (S.593 Sp.1); Art.14 Abs.3 S.2 GG ist grundrechtsschützende Verfassungsnorm. Vgl. auch HAAS, System S.30

122) So HAAS, System S.30

In Art.14 Abs.3 S.2 GG ist, wie gesagt, die materiell-rechtliche Entschädigungsgarantie für alle Enteignungen enthalten.¹²³⁾ Die J u n k t i m k l a u s e l , also das Gebot, in einem und demselben Gesetz, das die Enteignung vornimmt oder dazu ermächtigt, Art und Ausmaß der Entschädigung zu regeln, ist jedoch e i n ü b e r d i e s e m a - t e r i e l l e E n t s c h ä d i g u n g s g a r a n - t i e h i n a u s g e h e n d e s , gerade ihrer Sicherung dienendes formales Erfordernis.¹²⁴⁾ Die Junktimklausel hat inso- weit k e i n e n materiell-rechtlichen Rang; sie schreibt nur dem Gesetzgeber die Einhaltung formaler Gebote vor. Da dem Art.14 Abs.3 GG eine Rückwirkung fehlt, müßte daher die Junktimklausel als formales Gebot an den Gesetzgeber nur für den nachkonstitutionellen Gesetzgeber verbindlich sein.¹²⁵⁾ Dennoch ergibt sich ein schwerwiegendes Bedenken gegen den formalen Rang der Junktimklausel: Art.14 Abs.3 S.2 nimmt a u c h , wie das BVerfG mit Recht betont hat¹²⁶⁾, eine K o m p e t e n z a b g r e n z u n g zwischen Richter und Gesetzgeber vor: Nur der Gesetzgeber, nicht aber der Richter, soll die bei Bemessung von Art und Ausmaß der Entschädigung entscheidenden Abwägungsmaß- stäbe festlegen.

Diese Zuständigkeitsregelung ist keine reine formale, ver- fassungsschützende Verfahrensnorm, sondern hat auch mate- riellen Charakter, da sie nicht ein Verfahren, sondern unmittelbar selbst die Rechtswirklichkeit gestaltet, in- dem sie u n m i t t e l b a r s e l b s t die Abgren- zung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung vornimmt. Wenn heute nachkonstitutionell eine Enteignung auf Grund

123) Vgl. zu u. in Anm.120

124) Vgl. HAAS, System S.30

125) HAAS. aaO

126) BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 - 1 BvL 33/51 - BVerfGE 4 S.219-250 (S.234)

eines vorkonstitutionellen Gesetzes vorgenommen wird, das nicht dem Art.14 Abs.3 S.2 GG entspricht, so dürfte daher der Richter, wenn er die fehlende Entschädigungsregelung aus Art.153 WRV oder aus Art.14 Abs.3 S.3 GG ergänzen will¹²⁷⁾, in keinem Falle gegen die durch Art.14 Abs.3 S.2 geschaffene Kompetenzregelung verstoßen. Es bedarf deshalb der Auseinandersetzung mit der Frage, ob diese Kompetenzregelung dazu zwingt, alles vorkonstitutionelle Recht, das der Junktimklausel nicht streng entspricht, als verfassungswidrig und damit hinfällig (nach Art.123 Abs.1 GG) anzusehen.

Es ist somit zu fragen, ob es ein Übergriff des Richters in die durch Art.14 Abs.3 S.2 GG begründete Kompetenz des Gesetzgebers wäre, wenn, wie es die h.L.¹²⁸⁾ behauptet, vorkonstitutionelle Gesetze durch Art.153 WRV ergänzt werden könnten (bzw. durch Art.14 Abs.3 S.3 GG oder - nach JELLINEK¹²⁹⁾ - durch einen Gewohnheitsrechtssatz, jeder enteignende Eingriff verpflichte zur Entschädigung). (Für nachkonstitutionelles Recht würde eine solche Ergänzung aus (heute) Art.14 Abs.3 S.3 GG oder Gewohnheitsrecht schon deshalb ausscheiden, weil Art.14 Abs.3 S.2 GG verlangt, daß in ein und demselben Gesetz Art und Ausmaß der Entschädigung zu regeln sind, und weil hierzu ein förmli-

127) Ob diese Möglichkeit einer Ergänzung aus Art.153 WRV oder Art.14 Abs.3 S.3 GG bzw. (nach JELLINEK) aus einem Gewohnheitsrechtssatz rechtlich überhaupt zu begründen ist, wird erst unten (S.45 ff unter aa)) untersucht; hier geht es zunächst nur darum, ob, falls diese Ergänzungsmöglichkeit zu bejahen wäre, sie nicht gegen die Kompetenzregelung des Art.14 Abs.3 S.2 GG verstoßen würde.

128) Vgl. z.B. nur v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII 8 c, S.450; BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 - 1 BvL 33/51 - BVerfGE 4 S.219-250 (S.236 f)

129) JELLINEK, DVBl 1951 S.284; VVDStRL. H.10 S.163 f (Disk.Beitr.); ebenso Württ.-BadVerwGH, Urt.v. 18.2.1952 - 2 S - 241/51 - DÖV 1952 S.279-284 Leitsatz 3 und S.282)

ches Gesetz¹³⁰⁾ erforderlich ist.)

Wenn Art.14 Abs.3 S.2 GG als Kompetenzregelung nur besagen würde, daß die Bestimmung des Entschädigungsmaßstabes überhaupt durch den Gesetzgeber zu erfolgen habe (und zwar i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG), so wäre eine solche Entschädigungsregelung auch schon durch die gesetzliche Vorschrift einer "angemessenen Entschädigung" (Art.153 Abs.2 S.2 WRV) gegeben. Der Richter würde bei Zusprechung der angemessenen Entschädigung nicht selbst einen Entschädigungsmaßstab bestimmen, sondern lediglich einen unbestimmten Rechtsbegriff¹³¹⁾ auslegen. Der Grundgesetzgeber hat aber die Kompetenzregelung in Art.14 Abs.3 S.2 GG viel weitergehend zu Gunsten des Gesetzgebers detailliert: Der Gesetzgeber soll auch Art und Ausmaß, d.h. also auch die bei Ermittlung der gerechten bzw. angemessenen Entschädigung anzulegenden Maßstäbe im einzelnen

130) Vgl. schon die Entstehungsgeschichte: JÖR Bd.1 n.F. S.151,152; das Wort "förmlich" wurde als überflüssig gestrichen. V.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII 7 b, S.446; GREINER, DÖV 1954 S.583-587 (S.584); DÜRIG, JZ 1954 S.4-12 (S.7 Sp.2); MAUNZ, Dt.Staatsrecht § 19 II 2, S.136; HAAS, MDR 1951 S.650-653 (S.651); WOLFF, § 62 IV b, S.331; BACHOF, DÖV 1954 S.593 Sp.1; JAHR-REISS, NJW 1950 S.3-6 (S.3 Sp.2); HAAS, DVBl 1957 S.858 Sp.2; BLOMEYER-BARTENSTEIN, S.18 f, S.24; das gibt sogar JELLINEK, DVBl 1951 S.284 im Grundsatz zu.

A.A.: WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.380 f; JELLINEK, DVBl 1951 S.284 u. VVDStRL. H.10 S.163 f (Disk.Beitr.); SCHELCHER, Fischers Zeitschrift Bd.60 S.177; Württ.-BadVerwGH, Urt.v.18.2.1952 - 2.S - 241/51 - DÖV 1952 S.279-284 (S.282 ff); mit zustimmender Anerkennung von BREUNINGER, S.284; OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.701 Sp.2); vgl. ferner die in Anm.282 zitierten.

131) Vgl. dazu etwa REUSS, DÖV 1954 S.55-57; SCHÜTZ, DÖV 1954 S.556-559; BACHOF, JZ 1955 S.97-102 (S.98); HAAS, System S.30 f; FRIESENHAHN, in Recht, Staat, Wirtschaft, Bd.II (1950) S.253 f

selbst festlegen.¹³²⁾

Dies letzte bedeutet jedoch keine echte Kompetenz e r -
w e i t e r u n g für den Gesetzgeber, sondern es bedeu-
tet letztlich nur eine F o r m a l i s i e r u n g z u m
Z w e c k e d e r A k t u a l i s i e r u n g u n d
I n t e n s i v i e r u n g und Vertiefung der gesetzge-
berischen Entschädigungsregelungskompetenz, indem der Ge-
setzgeber gezwungen wird, sich bei der Aufstellung der
Entschädigungsmaßstäbe nicht im allgemeinen unbestimmten
Rechtsbegriffen wie etwa "gerechte" oder "angemessene"
Entschädigung zu begnügen, sondern konkrete Bewertungs-
maßstäbe zu liefern.¹³³⁾ Die Kompetenzgrenze zwischen Ge-
setzgeber und Richter verläuft zwischen diesen beiden Be-
reichen: Aufstellung der generellen Bemessungsmaßstäbe für
die Entschädigung ist Aufgabe des Gesetzgebers¹³⁴⁾, Fest-
stellung der konkreten Höhe im Einzelfall an Hand der ge-
setzlichen Bemessungsmaßstäbe ist Aufgabe des Richters.
Diese K o m p e t e n z g r e n z e v e r s c h i e b t
Art.14 Abs.3 S.2 n i c h t zu Gunsten des Gesetzgebers,
sondern e r i n t e n s i v i e r t sie nur für ihn. Der
Gesetzgeber soll sich des Enteignungscharakters seines
Gesetzes immer voll bewußt werden¹³⁵⁾, sich über die Be-
deutung und Umfang der Entschädigungsfrage klar werden
und Erwägungen hierüber anstellen¹³⁶⁾; er wird gezwungen,
sich seiner Kompetenz nicht durch allzu unbestimmte Be-
griffe wie "angemessene" oder "gerechte" Entschädigung
zu entziehen. Art.14 Abs.3 S.2 GG enthält geradezu den
Befehl an den Gesetzgeber, sich seiner Entschädigungsrege-

132) DÜRIG, JZ 1954, S.8 Sp.1; GREINER, DÖV 1954 S.585
Sp.2

133) GREINER aaO

134) Weil, wie das BVerfG sagt (BVerfG 4 S.235), der Grund-
gesetzgeber davon ausging, daß nur der Gesetzgeber in
der Lage sei, die generellen, bei der Bemessung der
Entschädigung wesentlichen Maßstäbe zu erkennen.

135) Art.14 Abs.3 S.2 GG verfolgt eine Warnungsfunktion an
den Gesetzgeber (DÜRIG, JZ 1954 S.8 Sp.1; HAAS, System
S.30).

136) BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 - 1 BvL 33/51 - BVerfGE 4
S.219-250 (S.234 ff)

lungskompetenz mit einiger Sorgfalt anzunehmen.

Derart als Befehl an den Gesetzgeber verstanden, seine Entschädigungsregelungskompetenz wahrzunehmen, kann das strenge Erfordernis der Regelung von Art und Ausmaß der Entschädigung, da Art.14 Abs.2 GG keine Rückwirkung hat, sich nach der Natur der Sache nur an den nachkonstitutionellen Gesetzgeber richten.¹³⁷⁾

Auch bei vorkonstitutionellen Gesetzen kann zwar der Richter nicht selbst die Entschädigungsmaßstäbe aufstellen, da dies Art.14 Abs.3 S.2 in die alleinige Kompetenz des Gesetzgebers verweist. Soweit die Regelung des Art.14 Abs.3 S.2 aber hierüber hinausgeht, indem sie verlangt, der Gesetzgeber müsse innerhalb dieser Kompetenz auch Art und Ausmaß näher regeln, dient sie nur der (formalen) Sicherung der gesetzgeberischen Kompetenz und ihrer Aktualisierung und muß als Befehl nur an den Gesetzgeber - und nicht als materielle Voraussetzung für das Enteignungsgesetz - mangels Rückwirkung auf den nachkonstitutionellen Gesetzgeber beschränkt bleiben, denn Art.1 Abs.3 GG bindet erst den nachkonstitutionellen Gesetzgeber an das Grundgesetz.

Die durch Art.14 Abs.3 S.2 GG geschaffene Kompetenzregelung zu Gunsten des Gesetzgebers ist daher insoweit auf vorkonstitutionelles Recht nicht anwendbar, als eine detaillierte Ausfüllung dieser Kompetenz durch präzise Regelung von Art und Ausmaß der Entschädigung in einem und demselben Gesetz nötig ist.¹³⁸⁾ Nur die materiell-rechtlichen in Art.14 Abs.3 GG enthaltenen Gedanken gelten unbeschränkt vom

137) BVerwG, Vorlagebeschl. vom 3.5.1956 - I C 142/54 - DVBl 1956 S.514-517 (S.516 Sp.1)

138) BVerwG aaO: Bei vorkonstitutionellen Enteignungsgesetzen darf die Entschädigung auch in Vorschriften geregelt sein, die außerhalb des Enteignungsgesetzes selbst stehen.

Inkrafttreten des GG an auch für vorkonstitutionelles Recht.¹³⁹⁾ D.h.: Auf Grund vorkonstitutionellen Rechts ist in keinem Fall mehr eine entschädigungslose Enteignung möglich, und in jedem Fall kann der Richter die Entschädigung nur an Hand v o m G e s e t z g e b e r zur Verfügung gestellter Bewertungsmaßstäbe, niemals an Hand eigener, bemessen. Diese Bewertungsmaßstäbe müssen dabei ferner unbedingt mit Art.14 Abs.3 S.3 GG in Einklang stehen. Soweit Art.14 Abs.3 S.2 GG jedoch über diese materiell-rechtlichen Anforderungen für Enteignungs g e s e t z e hinaus Erfordernisse aufstellt, die nur an den G e s e t z g e b e r gerichtet sind und der Aktualisierung dieser materiellen Erfordernisse dienen, ist Art.14 Abs.3 S.2 GG mangels Rückwirkung nur auf den nachkonstitutionellen Gesetzgeber und damit auch nur auf nachkonstitutionelle Gesetze anwendbar.¹⁴⁰⁾¹⁴¹⁾

-
- 139) Insoweit ist FORSTHOFF, § 17, S.306 teilweise Recht zu geben, wenn er von der Anwendbarkeit des Art.14 Abs.3 S.2 GG auf vorkonstitutionelles Recht ausgeht. Allerdings verkennt er dabei, daß Abs.3 S.2 nicht unumschränkt, sondern nur in seinen materiell-rechtlichen Erfordernissen auf vorkonstitutionelles Recht angewandt werden muß. Umgekehrt ist insoweit die kategorische Feststellung des BVerfG, Art.14 Abs.3 S.2 gelte nicht für vorkonstitutionelles Recht, auf die Formalerfordernisse des Art.14 Abs.3 S.2 zu beschränken.
- 140) Daher sind auch die Bedenken von FORSTHOFF, DÖV 1956 S.513-517 (S.514 Sp.2) unbegründet, der befürchtet, durch die Anwendung der (strengen Formerfordernisse der) Junktimklausel auf vorkonstitutionelles Recht könne die Schutzfunktion des Art.14 Abs.3 S.2 (und des Art.19 Abs.1 S.2) für die Grundrechtssphäre durchlöchert werden. Denn die (materielle) Grundrechtssphäre des Einzelnen darf auch durch vorkonstitutionelles Recht nicht beeinträchtigt werden. Lediglich die formalen, an den Gesetzgeber gerichteten Schutzvorschriften, die diesen durch ihre Formalerfordernisse zur Wahrung der Grundrechtssphäre des Einzelnen zwingen wollen, können ihrem Sinne nach auf das vorkonstitutionelle Recht nicht angewandt werden.
- 141) In ähnlicher Weise wird ganz entsprechend bei den Artt.80 Abs.1, 84 Abs.1 GG zwischen formalen und materiell-rechtlichen Erfordernissen unterschieden, wobei auch dort nur die materiell-rechtlichen, nicht aber die rein formalen Erfordernisse auf vorkonstitutionelles Recht anwendbar sind.
Vgl. dazu die in Anm.118 Zitierten.

- e) Die sich aus der Differenzierung zwischen materiell-rechtlichen und nur formalen Erfordernissen ergebenden Folgerungen für die Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts im Rahmen des Artikels 14 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes

Alle vorkonstitutionellen Gesetze, auf die heute noch Entschigungsakte gestützt werden sollen, müssen nach dem Gesagten allen materiellen Erfordernissen des Art.14 Abs.3 S.2 GG entsprechen, während die rein formellen Erfordernisse: (detaillierte) Regelung von Art und Ausmaß der Entschädigung in ein und demselben Gesetz, nicht eingehalten sein müssen.

- aa) Das vorkonstitutionelle Gesetz schweigt ganz über die Entschädigungsregelung

Ein vorkonstitutionelles Gesetz, das gar keine Entschädigungsregelung enthält, mußte nach Art.123 Abs.1 GG hinfällig sein, wenn es im Widerspruch zum materiellen Verfassungsrecht, also zu materiellen Erfordernissen des Art.14 Abs.3 GG stünde. Die wohl h.L.¹⁴²⁾ behauptet, allerdings meist ohne besondere Begründung¹⁴³⁾, es sei hier eine Ergänzung aus Art.153 WRV möglich und geboten. Es wird sich zeigen, daß sich hierfür eine Begründung finden läßt.

Auszugehen ist von dem Prinzip der heute allgemein anerkannten verfassungskonformen Aus-

142) Statt aller BVerfGE 4 S.237 (s.o. Anm.136).

Vgl. im übrigen die in Anm.39 Zitierten.

143) JELLINEK, DVBl 1951 S.284 u. in VVDStRL. H.10 S.163 f, der eine Ergänzung aus dem Gewohnheitsrechtssatz, jeder Eingriff in vermögenswerte Rechte erfordere eine angemessene Entschädigung, vorschlägt, begründet dies mit Zweckmäßigkeitserwägungen, da sonst zu viele Normen nichtig würden.

l e g u n g ¹⁴⁴⁾; ein Gesetz ist solange nicht als verfassungswidrig und damit nichtig anzusehen, als es eine Auslegung zuläßt, die mit der Verfassung im Einklang steht. Dieser Grundsatz muß auch auf vorkonstitutionelle Gesetze Anwendung finden¹⁴⁵⁾, und auch im Problemkreis des Art.14 Abs.3 GG ist von diesem Gebot verfassungskonformer Auslegung auszugehen.¹⁴⁶⁾ Hinzuzunehmen ist der oben herausgestellte Gedanke, daß die in Art.14 Abs.3 S.2 GG enthaltenen Erfordernisse, soweit sie rein formeller Natur sind, also eine detailliertere Regelung von Art und Ausmaß der Entschädigung i n e i n u n d d e m s e l b e n G e s e t z , das die Enteignung vorsieht, verlangen, n i c h t auf vorkonstitutionelle Gesetze anzuwenden sind¹⁴⁷⁾, sondern daß von vorkonstitutionellen Gesetzen nur die materiellen Erfordernisse: zu Gunsten der Allgemeinheit und in jedem Falle Entschädigung nach vom G e s e t z g e b e r i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG aufgestellten Maßstäben, gewahrt sein müssen. Diesen materiellen Anforderungen würde aber auch

144) BVerfG, Beschl.v.7.5.1953 - 1 BvL 104/52 - BVerfGE 2 S.266-286 (Leitsatz 4 und S.282); BayVerfGH, Entscheidung v.28.12.1956 - Vf 102 - VII - 55 - BayVerfGHE n.F. Bd.9 (1956) II S.158-179 (S.164 f); insbes. BayVerfGH, Entscheidung v.23.12.1957 - Vf 107,114,117 - VII - 56 - BayVerfGHE n.F.Bd.10 (1957) II S.113-125 (S.124). Davon gehen bei der Auslegung des Art.14 Abs.3 S.2 zu Recht aus auch MÖRTEL, BayVB1 1959 S.361-365 (S.361, 363 f); PATSCHKE, BayVB1 1959 S.278; vgl. ferner v. MANGOLDT-KLEIN, Einleitung IV 8 S.11 f; EHRENFORTH, DVBl 1950 S.269 Sp.2 zur Auslegung des Art.14 Abs.3 S.2 GG

145) HAAS, System S.35

146) HAAS, DVBl 1957 S.859 Sp.1

147) BVerwG, Urt.v.26.3.1955 - BVerwG I C 101/53 - BVerwGE 2 S.35 f; BVerwG, Vorlagebeschl.v.3.5. 1956 - I C 142/54 - DVBl 1956 S.514-517 (S.516 Sp.1). Vgl. auch HUBER II S.55; SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.147; derselbe, DÖV 1954 S.590 Sp.2; WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.334 u. 384; IPSEN, DVBl 1953 S. 619; derselbe, VVDStRL. H.10 S.96 f; derselbe, AöR Bd.78 S.325; v.MANGOLDT, VVDStRL. H.10 S.152 (Disk. Beitr.); v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14,VII 8 a, S.448; BACHOF, DÖV 1954 S.593 Sp.2 oben; DIESTER, Enteignung S.167; EHRENFORTH, DVBl 1950 S.269

ein Enteignungsgesetz genügen, das zwar nicht selbst eine Entschädigung gewährt, für das aber die Entschädigungsgewährung aus einer anderen Norm, also aus Art.153 Abs.2 S.2 WRV oder aus Art.14 Abs.3 S.3 GG entnommen werden könnte.

Nach der in der Weimarer Zeit¹⁴⁸⁾ und auch noch im Dritten Reich¹⁴⁹⁾ herrschenden Meinung hatte grundsätzlich jede Enteignung gegen angemessene Entschädigung zu erfolgen¹⁵⁰⁾, sofern die Entschädigung nicht ausdrücklich ausgeschlossen war. War eine Entschädigung gar nicht geregelt, so konnte sie unmittelbar aus Art.153 Abs.2 S.2 WRV selbst entnommen werden.¹⁵¹⁾ Es mußte daher bei allen Gesetzen aus der Zeit der Geltung der WRV davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber bei Schweigen über die Entschädigungsregelung stillschweigend auf die angemessene Entschädigung i.S. des Art.153 WRV Bezug genommen habe. Eine solche, den Art.153 WRV für vorkonstitutionelle Gesetze ergänzende Auslegung würde, wenn man dabei, was ohne weiteres möglich ist, die "angemessene" Entschädigung des Art.153 Abs.2 S.2 WRV i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG aus-

148) Siehe KIRCHHEIMER, S.40; NAUMANN, DVBl 1951 S.399 Sp.2; HUBER II S.55; SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.147; BVerfGE 4 S.229

149) NAUMANN, DVBl 1951 S.399; HUBER II S.55; siehe insbes. WEBER, in Eigentum und Enteignung S.13 ff

150) Siehe auch GIESE, Enteignung S.13 ff; WOLFF § 62 IV b 1, S.332

151) HUBER II S.55; WOLFF, § 62 IV b 1, S.332; BayVerfGH, Entscheidung v.21.4.1960 - Vf 100 - VII 59 - MDR 1960 S.561-562 (S.561); BayVerfGH, Entscheidung v.28.12.1956 - Vf 102 - VII - 55 - BayVerfGHE n.F.Bd.9 (1956) II S.158-179 (S.165). Vgl. ferner auch v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14, VII 8 c, S.450; BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 (s.o. Anm.136), BVerfGE 4 S.237. PATSCHKE, BayVBl 1959 S.278; HAAS, DVBl 1957 S.860

legt¹⁵²⁾, den materiellen heute an eine Enteignung zu stellenden Anforderungen des Art.14 Abs.3 GG genügen. Sie wäre damit verfassungskonform. Nach dem Grundsatz, daß eine Norm durch verfassungskonforme Auslegung möglichst zu erhalten ist (sofern dabei nicht der Gesetzeszweck außer Acht gelassen wird)¹⁵³⁾, wäre daher diese Auslegung als die gebotene zu wählen.

Voraussetzung wäre lediglich noch, daß Art.153 WRV mit seiner grundsätzlichen Entschädigungsgarantie in der Zeit des Erlasses des betreffenden vorkonstitutionellen Gesetzes auch in Geltung war. Art.153 WRV galt jedenfalls bis zur Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat vom 28.2.1933¹⁵⁴⁾ mit Verfassungskraft. Mit diesem Zeitpunkt, spätestens jedoch mit dem Neuaufbaugesetz vom 30.1.1934¹⁵⁵⁾, hat er seine Verfassungskraft verloren.¹⁵⁶⁾ Wenn auch die Fortgeltung des Art.153 WRV in der Zeit des Dritten Reiches überhaupt bestritten worden ist¹⁵⁷⁾, muß dennoch mit der überwiegenden Rechtsprechung aus der Zeit

152) Dazu v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII a b, 2.Abs., S.451 f; GIESE, NJW 1950 S.290-292 (S.291 Sp.2); derselbe, Enteignung, S.31 f; HAAS, DVBl 1957 S.858; EHRENFORTH, DRZ 1949 S.270-272 (S.270 f); derselbe, DVBl 1950 S.269; SCHOLTISSEK, BB 1952 S.983; mit Einschränkungen auch DIESTER, Enteignung, S.170 ff (S.174); SCHACK, MDR 1953 S.195-199 (S.197); derselbe, Gutachten 41.DJT.S.42; gegen eine Gleichsetzung des Art.14 Abs.3 S.3 mit Art.153 WRV: IPSEN, AöR Bd.78 S.325 f; SELLSCHOPF, DÖV 1952 S.242-246 (S.244); SCHULTZ, BB 1951 S.12-14.

Entscheidend ist hier jedoch nicht, ob Art.14 Abs.3 S.3 GG genau der früheren Handhabung der angemessenen Entschädigung des Art.153 WRV entspricht, sondern daß Art.153 WRV heute i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG, d.h. also verfassungskonform, ausgelegt werden kann.

153) BayVerfGH, Urt.v.13.2.1952 - Vf 3 - V - 51 - DÖV 1952 S.373 f

154) RGBl I S.83

155) So GIESE, DRiZ 1953 S.61 f

156) FORSTHOFF, § 17 S.292 f, Anm.2

157) So z.B. von DENNEWITZ, Verwaltung, S.137; KUTSCHER, Die Enteignung, S.77; WEBER, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S.453 ff (zitiert nach FORSTHOFF, § 17 S.292 f, Anm.2)

des Dritten Reiches¹⁵⁸⁾, die inzwischen wohl allgemein anerkannt ist¹⁵⁹⁾, davon ausgegangen werden, daß Art.153 Abs.2 S.2 WRV mit der Kraft eines einfachen Reichsgesetzes fortgalt¹⁶⁰⁾ und n i c h t in vollem Umfang außer Kraft gesetzt war.¹⁶¹⁾

158) RGZ 156 S.305-314; 161 S.364-372 (S.368); RG in RPrVB1 1934 S.168 f.

Das abweichende Urt.RGZ 145 S.369-374 (S.373) blieb eine Ausnahme.

Vgl. ferner PrOVGE 94 S.134-140; 98 S.81-87 (S.83); das OVG beschränkte die Anwendbarkeit der Verordnung vom 28.2.1933 zum Schutze von Volk und Staat auf die Fälle der Bekämpfung staatsfeindlicher Umtriebe durch die politische Polizei.

159) FORSTHOFF, § 17, S.292 f Anm.2; derselbe, Urteilsanmerkung in JZ 1952 S.627; GIESE, Enteignung, S.13 ff; BVerfG, Beschl.v.24.4.1953 - 1 BvR 102/51 - BVerfGE 2 S.237-266 (S.248 ff); DOG, Beschl.v.13.4.1950 - I S.31/49 - DVBl 1950 S.760-762 (S.761); PAGENKOPF, NJW 1952 S.1193-1197 (S.1194 Sp.2); SCHEUNER, Verfassungsschutz S.148; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII 8 c, S.450; LECHNER, DÖV 1950 S.298-305 (S.299); STÖDTER, DÖV 1953 S.97 f.

Teilweise wurde auch die Ansicht vertreten, Art.153 WRV sei in seiner Geltung zwar nicht aufgehoben, wohl aber suspendiert; vgl. DIESTER, Enteignung S.44 ff; WEBER in Eigentum und Enteignung S.12.

Die Ansicht des BGH (Beschl.des Gr SZ v.9./10.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295 [S.274] u. Urt.v.17.4.1953 - V ZR 116/52 - NJW 1953 S.983-984 [S.984]; zustimmend SCHNEIDER, H.u.W.1952 S.402 f), Art.153 WRV habe auch noch nach 1933 mit Verfassungskraft gegolten, da die Verordnung vom 28.2.1933 (Anm.154) nur vorübergehende Wirkung gehabt habe, wird mit Recht fast einhellig abgelehnt. Vgl. dazu die in Anm.158 u.oben Zitierten.

160) Der Raum für eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Problem der Fortgeltung des Art.153 WRV nach 1933 fehlt hier. Die Frage dürfte wohl heute zu Gunsten der Ansicht, die behauptet, Art.153 WRV habe als einfaches Reichsgesetz fortgegolten, e n t s c h i e d e n sein. Vgl. die in Anm.158, 159 zitierten Entscheidungen und Autoren.

161) FORSTHOFF, § 17 S.292 f Anm.2

Da Art.153 WRV demnach in der Zeit des Dritten Reiches fortgalt, wenn auch nur als einfaches Reichsgesetz, und nach dem damaligen Rechtszustand davon auszugehen war, daß bei fehlendem ausdrücklichem Entschädigungsausschluß die Entschädigung ohne weiteres aus Art.153 Abs.2 S.2 WRV selbst zu entnehmen¹⁶²⁾ war, müssen vorkonstitutionelle Gesetze aus dieser Zeit auch heute noch als durch Art.153 Abs.2 S.2 WRV ergänzt gelten, da sie so in Einklang mit den m a t e r i e l l e n Erfordernissen des heutigen Art.14 Abs.3 GG gebracht werden können und somit diese den Art.153 Abs.2 S.2 WRV ergänzende Auslegung als die verfassungskonforme zu wählen ist.

Eine Ergänzung vorkonstitutioneller, über die Entschädigung schweigender Normen direkt aus Art.14 Abs.3 S.3 GG¹⁶³⁾ (die praktisch zum gleichen Ergebnis führen würde, da die angemessene Entschädigung i.S. des Art.153 WRV heute i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG auszulegen ist), ist nicht möglich. Wenn man dies i.S. von MAUNZ¹⁶⁴⁾ damit begründen wollte, Art.14 Abs.3 S.3 GG trete als verfassungsrechtliche Erzwingungsnorm an die Stelle der fehlenden Entschädigungsregelung, so bliebe die Frage, warum Art.14 Abs.3 S a t 2 überhaupt noch geschaffen wurde, wenn Art.14 Abs.3 S a t z 3 bereits die dort vorgesehene Regelung ersetzen können soll. Art.14 Abs.3 S.3 würde, so verstanden, dem Gesetzgeber gerade den in Art.14 Abs.3 S.2 vorgeschriebenen Zwang zur Entschädigungsregelung ersparen.¹⁶⁵⁾ Und für vorkonstitutionelle Gesetze folgt die Entschädigungspflicht, wie dargelegt, aus einer verfassungskonformen, die Entschädigungspflicht aus Art.153 WRV ergänzenden Auslegung, wobei das vorkonstitutionelle Gesetz im Zusammenhang mit allen bei seinem Inkrafttreten bestehenden Normen zu betrachten ist, so daß für

162) Vgl. zu u. in Anm.151

163) FORSTHOFF, 3.Aufl., § 17 S.265; 7.Aufl., § 17 S.306 Anm.5; MAUNZ, Dt.Staatsrecht, § 23 III 6, S.189; HUBER II S.55; SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.160 (Leitsatz 10); GIESE, Enteignung S.33

164) MAUNZ aaO

165) Vgl. dazu DÜRIG, JZ 1954 S.7 f

Art.14 Abs.3 S.3 als an die Stelle einer fehlenden Entschädigungsregelung tretenden verfassungsrechtlichen Erzwingungsnorm gar kein Raum mehr bleibt.

Das gleiche muß FORSTHOFF¹⁶⁶⁾ entgegengehalten werden, wenn er bei fehlender Entschädigungsregelung den Art.14 Abs.3 S.3 GG in die Lücke treten lassen will. Es besteht hier aber erst gar keine (Entschädigungs-)Lücke, da im Wege der verfassungskonformen, den Art.153 WRV ergänzenden Auslegung die Entschädigungsgarantie des Art.14 Abs.3 S.2 GG bereits gewahrt wird.¹⁶⁷⁾

Vorkonstitutionelle Gesetze sind daher, wenn sie keine Entschädigungsregelung enthalten, durch die in Art.153 Abs.2 S.2 WRV gewährte "angemessene" Entschädigung (die i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG auszulegen ist) zu ergänzen.

Dies Ergebnis deckt sich für vorkonstitutionelles Recht weitgehend mit der Auffassung von EHRENFORTH, DÜRIG und BACHOF¹⁶⁸⁾, daß es genüge, wenn ein Gesetz überhaupt eine Entschädigungsregelung enthalte, ohne daß diese den (formellen) strengen Anforderungen der Junktimklausel genügen müsse, sofern sie nur durch eine weitherzige (verfassungskonforme) Auslegung in Einklang mit dem (materiellen) Bewertungsprinzip des Art.14 Abs.3 S.3 GG zu bringen ist.

bb) Das vorkonstitutionelle Gesetz schließt die Entschädigung aus oder regelt sie unangemessen

Für solche vorkonstitutionellen Enteignungsgesetze, die eine Entschädigung ausdrücklich ausschließen oder sie unangemessen regeln, behauptet die überwiegende Ansicht ihre Nichtig-

166) FORSTHOFF, 3.Aufl. § 17 S.265

167) Da die angemessene Entschädigung jedoch i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG auszulegen ist (s.o. S. 47 f zu u. in Anm. 152), besteht praktisch kein Unterschied zwischen den beiden Auffassungen.

168) Vgl. Anm.74

keit.¹⁶⁹⁾

Der Grund dafür wird darin gesehen, daß der Gesetzgeber hier ausdrücklich zu verstehen gegeben habe, daß er eine Entschädigung habe ausschließen (bzw. anders als i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG regeln) wollen und daß gegen diesen gesetzgeberischen Willen für eine heute dennoch nach Art.153 WRV zu ergänzende Entschädigungsregelung kein Raum mehr verbleibe.¹⁷⁰⁾ Gegen diese These wurde angeführt, da mit Inkrafttreten des GG nach Art.123 Abs.1 GG alle verfassungswidrigen Bestimmungen fortgefallen seien, seien auch alle eine Entschädigung ausschließenden Bestimmungen im Augenblick des Inkrafttretens des GG weggefallen¹⁷¹⁾, so daß solche Gesetze nach Inkrafttreten des GG o h n e die entschädigungsausschließenden Bestimmungen weitergälten. Damit bestehe dann kein sachlicher Unterschied mehr zu solchen Gesetzen, die gar keine Entschädigungsregelung enthielten, sie seien daher ebenfalls aus Art.153 Abs.2 S.2 WRV zu ergänzen.¹⁷²⁾

Dieser zweiten Ansicht müßte dann zugestimmt werden, wenn t a t s ä c h l i c h im Augenblick des Inkrafttretens des GG n u r u n d a l l e i n die eine Entschädigung ausschließenden Bestimmungen außer Kraft getreten wären, da dann die verbleibende bloße Enteignungsermächtigung verfassungskonform, also ergänzend aus Art.153 WRV ausgelegt werden müßte.

Bei Nichtigkeit einzelner Vorschriften eines Gesetzes (etwa wegen Verfassungswidrigkeit) wird grundsätzlich n i c h t

169) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII 8 c, S.450; BVerfG, Beschl. v.21.7.1955 (s.o. Anm.136), BVerfGE 4 S.237; WOLFF, § 62 IV b 1, S.332; PATSCHKE, BayVbl 1959 S.278; BVerwG, Urt.v.27.6.1957 - I C 3/56 - DVB1 1957 S.857 f (S.858); BayVerfGH, Entscheidung v.21.4.1960 - Vf 100 - VII 59 - MDR 1960 S.561-562 (S.561).

170) BVerfG, Beschl.7.5.1953 - 1 BvL 104/52 - BVerfGE 2 S.266-286 (S.282); insbes. BayVerfG, Entscheidung v.28.12.1956 - Vf 102 - VII - 55 - BayVerfGHE n.F.Bd.9 (1956) II S.158-179 (S.164 f); vgl. auch BVerfG, Beschl. v.21.7.1955 (s.o.Anm.136), BVerfGE 4 S.234

171) S.o.S. 17 f, Anm.43 - 45
Vgl. auch für die Weimarer Zeit für den entsprechenden Fall ANSCHÜTZ, Art.153,127, S.717 f

172) S.o.S. 17 f, Anm.43 - 45

das g a n z e Gesetz nichtig.¹⁷³⁾ Wenn jedoch Teile eines Normenkomplexes nichtig werden, so müssen auch alle die Vorschriften als nichtig angesehen werden, die mit den nichtigen Vorschriften in einem so engen sachlichen Zusammenhang stehen, daß sie nur als zusammenhängende Regelung als vom Gesetz gewollt angesehen werden können.¹⁷⁴⁾ Der Gefahr, daß hier der Richter bei der Beantwortung der Frage, wie weit die Nichtigkeit einzelner Normen auf die übrigen Normen von Einfluß ist, in die Kompetenz des Gesetzgebers eingreift¹⁷⁵⁾, der ganz allein darüber bestimmen soll, was bei

-
- 173) Vgl. hierzu etwa BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 - 1 BvL 33/51 - BVerfGE 4 S.219-250 (S.250). BVerwG, Urt.v.8.12.1953 - I C 100/53 - DÖV 1954 S.282 f (S.283 Sp.2) = BVerwGE 1 S.42-44; BVerwG, Urt.v.6.10.1955 - BVerwG I C 25/54 - BVerwGE 2 S.224-229 (S.225); BVerwG, Urt.v.27.6.1957 - BVerwG I C 3/56 - BayVBl 1957 S.355 f = DVBl 1957 S.857 f mit Anmerkung HAAS S.858-861; BayVerfGH, Entscheidung v.27.11.1948 - Vf.6 - VII - 47 - VwRspr Bd.1 S.125-134 (S.131 ff); OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.701 f); OVG Münster, Bescheid v.14.7.1959 - VII A 547/58 - (nicht rechtskräftig) DVBl 1960 S.212 (die Nichtigkeit des § 24 des Reichsnaturschutzgesetzes bewirkt nicht die Nichtigkeit des g a n z e n Reichsnaturschutzgesetzes); Verwaltungsgericht Stuttgart, Urt.v.10.10.1951 - 3 I Nr.293/51 - DVBl 1952 S.252 f; STICH, DÖV 1958 S.137-142 (S.141 Sp.2); derselbe, DÖV 1959 S.93-94 (S.93 Sp.2, 94, Sp.1); PATSCHKE, BayVBl 1959 S.278; vgl. auch ANSCHÜTZ, Art.153,12, S.717, Anm.3
- 174) BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 (s.o.Anm.173), BVerfGE 4 S.219-250 (S.250); BVerwG, Beschl.v.24.9.1953 - I B 88/53 - JZ 1953 S.739 (Sp.2); BVerwG, Urt.v.8.12.1953 - I C 100/53 - DÖV 1954 S.282-283 (S.283 Sp.1); BVerwG, Urt.v.6.10.1955 - BVerwG I C 25/54 - BVerwGE 2 S.224-229 (S.225); PATSCHKE, BayVBl 1959 S.278
- 175) BVerfG, Beschl.v.19.12.1951 - 1 BvR 220/51 - BVerfGE 1 S.97-108 (S.100 f); BVerfG, Beschl.v. 21.7.1955 (s.o. Anm.173), BVerfGE 4 S.250, auch S.233 ff; ferner auch BVerfG, Urt.v.20.3.1952 - 1 BvL 12,15,16,24,28/51 - BVerfGE 2 S.184-201 (S.197 f); BVerfG, Urt.v.1.7.1953 - 1 BvL 23/51 - BVerfGE 2 S.380-406 (S.405 f); WOLFF, § 62 IV b 1, S.332; MÜRTEL, BayVBl 1959 S.364; vgl. auch schon C. SCHMITT, JW 1929, S.495-497 (S.496); HAAS, System S.27: Verwaltung und Rechtsprechung haben die Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen.

Nichtigkeit einzelner Bestimmungen geschehen soll, kann nur dadurch entgangen werden, daß ganz strenge, objektive, allein aus Ziel und Sinn der gesetzlichen Regelung ohne Berücksichtigung des rein subjektiven gesetzgeberischen Willens zu entnehmende Maßstäbe zugrunde gelegt werden.¹⁷⁶⁾

Dieser enge sachliche Zusammenhang besteht zwischen Enteignungsermächtigung und entschädigungsausschließender (bzw. die Entschädigung unangemessen regelnder) Norm.¹⁷⁷⁾ Ob der Einzelne für das durch seine Enteignung erbrachte Sonderopfer¹⁷⁸⁾ bzw. nach der Zumutbarkeitslehre für ein ihm nicht zuzumutendes Opfer aus seiner Vermögenssphäre¹⁷⁹⁾ dafür vom Staat, also der Allgemeinheit, entschädigt werden soll oder nicht, ist geradezu eine der wesentlichen Fragen der Enteignung.

-
- 176) BVerfG, Urt.v.21.5.1952 - 2 BvH 2/52 - BVerfGE 1 S.299-322 (S.312); vgl. auch die in Anm.198 Zitierten.
In jedem Falle ist genau darauf zu achten, daß der normative Gehalt eines Gesetzes nicht verändert wird. Vgl. z.B. BVerfG, Beschl.v.lo.7.1958 - 1 BvF 1/58 - NJW 1958 S.1388-1389 (S.1389); PATSCHKE, BayVB1 1959 S.278 (Sp.2).
- 177) Vgl. PATSCHKE, BayVB1 1959 S.278 (Sp.2)
- 178) Vgl. zur Einzelakttheorie statt aller: v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII 4, S.444; GIESE, Enteignung, S.11; ANSCHÜTZ, Art.153,9., S.712; BGH, Beschl. des GrSZ v.lo.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295 (S.279 ff); vom RG in ständiger Rspr vertreten, vgl. RGZ 128 S.165-172 (S.171 f); 129 S.146-150 (S.149); 133 S.124-126 (S.125 f); 150 S.9-15 (S.13 f)
- 179) Begründet von STÖDTER; vgl. STÖDTER, öffentlich-rechtliche Entschädigung, S.203 ff, 210, 212 ff; derselbe, DÖV 1953 S.97 ff; auf ähnliche, materielle Kriterien stellt die von JELLINEK begründete Schutzwürdigkeitslehre ab; vgl. etwa JELLINEK, DVBl 1951 S.284; IPSEN, VVDStRL H.10 S.95; NAUMANN, DVBl 1951 S.401. Diese materiellen Theorien sind nach dem Kriege auch z.T. in der Rspr vertreten worden. Vgl. etwa BVerfG, Urt.v.27.6.1957 -- I C 3/56 -- DVBl 1957 S.857 f; OVG Hamburg, Urt.v.17.11.1949 - OVG Bf II 258/49 - VwRspr Bd.2 S.228-239 (S.234 f); OVG Hamburg, Urt.v.24.2.1951 - OVG Bf I 421/50 - DVBl 1951 S.218-221 (S.219); OVG Hamburg, Urt.v.14.10.1950 - OVG Bf II 344/50 - VwRspr Bd.3 S.451-458 (S.454 ff); OVG Hamburg, Urt.v.20.8.1951 - OVG Bf II 128/51 - VwRspr Bd.4 S.449-456 (S.454 f); OLG Hamburg, Urt.v.30.3.1950 - 3 U 365/49 (nicht rechtskräftig) - MDR 1950 S.495-497; OLG Hamburg, Urt.v.6.12.1950 - 1 U 245/50 - MDR 1951 S.178 f

nung überhaupt. Der Gesetzgeber wird bei seinen Erwägungen, ob er durch Gesetz eine Enteignung vornehmen oder dazu ermächtigen will, als einen der wesentlichsten Gesichtspunkte, der untrennbar mit der Frage, ob überhaupt eine Enteignung vorgenommen werden soll, verbunden ist, das Ob und Wieviel der für die Allgemeinheit erwachsenden Entschädigungspflichten abwägen. Wenn die WRV entschädigungslose Enteignungen durch Reichsgesetz zuließ, so kann das den Gesetzgeber bewogen haben, (entschädigungslose) Enteignungen da anzuordnen, wo er es nie getan hätte, wenn, wie heute, eine Entschädigungspflicht bestanden hätte. Die gleiche Erwägung gilt für vorkonstitutionelle Gesetze, die zwar eine Entschädigung gewähren, aber unangemessen. In jedem Falle ist die Entschädigungsfrage so untrennbar mit den zur Enteignung ermächtigenden Normen verbunden, daß die Verfassungswidrigkeit und damit Nichtigkeit des die Entschädigung ausschließenden oder sie unangemessen regelnden Normen ohne weiteres auch zur Nichtigkeit der Enteignungsermächtigung führen muß.

Vorkonstitutionelle Enteignungsnormen, die eine Entschädigung ausdrücklich ausschließen oder unangemessen, d.h. nicht i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG, regeln, sind daher im Augenblick des Inkrafttretens des GG als Ganzes hinfällig geworden¹⁸⁰⁾; auf sie kann heute keine Enteignung mehr gestützt werden.¹⁸¹⁾ Es ist daher nicht richtig, wenn behauptet wird, nur der Entschädigungsausschluß allein werde nichtig, so daß in diese Lücke dann Art.14 Abs.3 S.3 GG oder Art.153 WRV treten

180) Sofern sie nicht schon vorher wegen Verstoßes gegen eine Landesverfassung nichtig waren.

181) So mit Recht die überwiegende Meinung; vgl. die in Anm. 169 Zitierten; ferner auch OVG Hamburg, Urt.v.20.4. 1953 - BfI385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.701)

könne.¹⁸²⁾¹⁸³⁾

Allerdings wird nicht das ganze, die Enteignung enthaltende Gesetz nichtig, sondern a l l e i n die Enteignungsbestimmungen.¹⁸⁴⁾

Soweit auf dieselben Normen Enteignungen u n d bloße Eigentums b i n d u n g e n gestützt werden konnten, wie z.B. im Reichsnaturschutzgesetz¹⁸⁵⁾, und dabei die Entschädigung generell ausgeschlossen war, besteht allerdings kein Grund, solche Normen heute auch insoweit als nichtig anzusehen, als sie nur eine Eigentums b i n d u n g zulassen. Denn die in e i n e r Norm enthaltenen Ermächtigungsgrundlagen zu Enteignungen und daneben zu Eigentumsbindungen sind etwas jeweils völlig Selbständiges. Sie stehen zueinander keinesfalls in so enger innerer Beziehung, daß der Fortfall der Enteignungsermächtigung auch die Nichtigkeit der Ermächtigung zu Eigentumsbindungen zur Folge hätte.¹⁸⁶⁾ Daß sie in ein und derselben Norm stehen und der Gesetzgeber auch keine inhaltliche und sachliche Trennung vornimmt, ändert nichts daran, daß ihr Zusammenhang nur ein ä u ß e r e r ist, der aus dem Vereinfachungsstreben des Gesetzgebers

182) So aber MANG und MÖRTEL; vgl. oben S.17 f unter bb); Anm.43-45

183) Es kann hier auch nicht mit der Erwägung von HAAS, MDR 1951 S.650-653 (S.652 Sp.2) geholfen werden, daß man das G e s e t z rechtmäßig bestehen läßt und nur im jeweiligen Einzelfalle den enteignenden Verwaltungsakt für rechtswidrig erklärt (sofern er keine Entschädigung zuspricht). Denn der Vollzug eines (rechtmäßigen) Gesetzes durch die Verwaltung kann nie rechtswidrig sein.

184) Vgl. Anm.173

185) Solange die WRV galt, war die Grenze zwischen Enteignung und Eigentumsbindung unklar und umstritten. Deshalb hatte der damalige Gesetzgeber häufig selbst diese Trennung nicht vorgenommen, sondern Normen geschaffen, die gleichzeitig Enteignungen u n d Eigentumsbindungen zuließen. Der Entschädigungsausschluß konnte sich dann sinngemäß nur auf die E n t e i g n u n g e n beziehen, da für Eigentumsbindungen auch nach der WRV ohnehin keine Entschädigungsleistung in Frage kam.

Vgl. dazu WEBER, DVBl 1955 S.40-45 (S.41 Sp.1 unter 1)
186) Vgl. WEBER aaO; PATSCHKE, BayVBl 1959 S.278. Insoweit bleibt dann in der Tat das Gesetz (teilweise!) rechtmäßig bestehen. (Siehe HAAS, MDR 1951 S.650-653 [S.652])

entstanden ist.¹⁸⁷⁾

cc) Sonderbewertung von Gesetzen aus der Zeit zwischen Kapitulation und Inkrafttreten des Grundgesetzes ?

Für Gesetze aus der Zeit zwischen der Kapitulation am 8.5. 1945 und dem Inkrafttreten des GG am 24.5.1949, die eine Entschädigung ausdrücklich ausschließen oder unangemessen regeln, ist kein Grund für eine Sonderbehandlung in irgendeiner Art ersichtlich.

Gesetze, die jedoch gar keine Entschädigung erwähnen, sollen nach Ansicht des BVerfG¹⁸⁸⁾ nicht ohne weiteres wie Gesetze aus der Zeit vor 1945 durch Art.153 Abs.2 S.2 WRV ergänzbar sein, da bei ihnen "nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, der Gesetzgeber habe durch sein Schweigen zu erkennen gegeben, daß eine Ergänzung durch den in seiner Weitergeltung bestrittenen Art.153 WRV gewollt sei."¹⁸⁹⁾ Hier sei vielmehr u.U. das Schweigen des Gesetzgebers als Ausschluß jeder Entschädigung zu werten. Bei solchen Gesetzen sei daher stets im Einzelfall eingehend zu prüfen, ob etwa ein Entschädigungsausschluß gewollt sei und das Gesetz daher wegen Verfassungswidrigkeit nicht mehr anwendbar sei.¹⁹⁰⁾

187) Ist allerdings das Gesetz ganz überwiegend als Enteignungsgesetz anzusehen und sind Eigentumsbindungen auf Grund dieses Gesetzes nur ganz ausnahmsweise möglich, so kann sich aus dem allgemeingültigen, in § 139 BGB zum Ausdruck gekommenen Prinzip ergeben, daß das Gesetz in toto ungültig ist, also auch keine Eigentumsbindungen mehr darauf gestützt werden können (vgl. HAAS, DVBl 1957, S.859).

Die Folge der Nichtigkeit des als Enteignungsermächtigung aufzufassenden Teils einer solchen Norm kann auch nicht dadurch vermieden werden, daß man etwa heute die Norm insgesamt als Sozialbindungsnorm aufrecht erhält. Die Begriffe der Enteignung und der Sozialbindung liegen verfassungsrechtlich fest und sind keiner unterschiedlichen Handhabung für derartige vorkonstitutionelle Gesetze fähig (vgl. auch WEBER, DVBl 1955 S.40-45 [S.41 Sp.2 bis S.43 Sp.1]).

188) BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 - 1 BvL 33/51 - BVerfGE 4 S.219-250 (S.237)

189) BVerfGE 4 S.237

190) Vgl.oben S. 15 u. 16 ; BVerfGE 4 S.237

Diese Ausnahme läßt sich so, wie das BVerfG sie begründet, kaum halten. Das BVerfG selbst ging in einer früheren Entscheidung¹⁹¹⁾ davon aus, daß auch schon für die Zeit zwischen 1933 und 1945 die Fortgeltung des Art.153 WRV bestritten war. Zumindest habe er 1933 seinen formellen Verfassungsrang verloren.¹⁹²⁾ Worin sollte dann aber - unter Zugrundelegung der Ansicht des BVerfG - noch der wesentliche Unterschied zwischen Gesetzen aus der Zeit zwischen 1933 und 1945 und solchen aus der Zeit zwischen 1945 und 1949 liegen? Gerechtfertigt wäre dann lediglich eine Unterscheidung zwischen Gesetzen aus der Zeit vor 1933, als Art.153 WRV noch unbestritten (mit Verfassungsrang) galt, und solchen nach 1933, wo er keinen Verfassungsrang mehr hatte und seine Weitergeltung überhaupt teilweise bestritten wurde.¹⁹³⁾

Nichtig wurden mit Inkrafttreten des GG alle mit den materiellen Verfassungserfordernissen des Art.14 Abs.3 GG nicht in Einklang zu bringenden Enteignungsvorschriften. Dahin gehören, wie dargelegt¹⁹⁴⁾, alle Gesetze, die eine Entschädigung ausschließen oder unangemessen, d.h. nicht i. S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG, regeln. Solche Gesetze, die hingegen überhaupt keine Entschädigungsregelung enthalten, sind nur dann nichtig, wenn auch unter Ausschöpfung der Möglichkeit einer verfassungskonformen, normerhaltenden Auslegung¹⁹⁵⁾ sich die Unvereinbarkeit mit Art.14 Abs.3 GG ergibt. Weil die streng formalen Voraussetzungen der Junktimklausel des Art.14 Abs.3 S.2 für vorkonstitutionelle Gesetze nicht gelten¹⁹⁶⁾, kann hier die Entschädigung auch aus einer anderen, nicht im Enteignungsgesetz selbst stehenden Norm entnommen werden, also hier aus Art.153 Abs.2 S.2 WRV.¹⁹⁷⁾

191) BVerfG, Beschl.v.24.4.1953 - 1 BvR 102/51 - BVerfGE 2 S.237-266 (S.248 f)

192) BVerfGE 2 S.248 f; auch DÖG, Beschl.v.13.4.1950-I S.31/49 - DVBl 1950 S.760-762 (S.761)

193) BVerfGE 2 S.248 f; STÖDTER, DÖV 1953 S.97 f

194) S.o.S.51 ff unter bb)

195) S.o.S.45 ff unter aa)

196) S.o.S.38 ff, 45

197) S.o.S.45 ff unter aa)

Mag auch der Gesetzgeber in der Zeit zwischen der Kapitulation am 8.5.1945 und dem Inkrafttreten des GG wirklich, wenn er über die Entschädigung schwieg, den Ausschluß der Entschädigung und keine Ergänzung aus dem in seiner Weitergeltung bestrittenen Art. 153 WRV gewollt haben, so ist doch entscheidend für die Auslegung von Normen der Wille des Gesetzgebers nur insoweit, als er sich im Gesetz selbst verobjektiviert hat.¹⁹⁸⁾ Ein bloß subjektiver Wille des Gesetzgebers, der im Gesetz selbst keinerlei Ausdruck gefunden hat, kann und muß bei dessen Auslegung unberücksichtigt bleiben. Bei einer solchen Auslegung von Gesetzen aus der Zeit zwischen 1945 und 1949 nach objektiven Gesichtspunkten muß man aber dazu kommen, daß ein Entschädigungs ausschluß, der dann eine Ergänzung aus Art.153 WRV unmöglich machen würde, nur dann vorgenommen wird, wenn es im betreffenden Enteignungsgesetz zum Ausdruck gelangt ist.

Art.153 WRV galt in der Zeit nach 1933 zwar nicht mehr mit Verfassungskraft¹⁹⁹⁾, wohl aber mit der Kraft eines einfachen Reichsgesetzes fort.²⁰⁰⁾ Das war zwar nicht ganz unbestritten, ist aber heute allgemein anerkannt.²⁰¹⁾ A n

198) BVerfG, Urt.v.21.5.1952 - 2 BvH 2/52 - BVerfGE 1 S.299-322 (S.312); GIESE, Enteignung S.31; derselbe, NJW 1950 S.290-292 (S.291 Sp.1 unten); DIESTER, Enteignung S.171 f. Selbst nach der subjektiven Theorie (vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY § 54 S.199 ff) ist maßgebend nur der im Gesetz zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers. Neuerdings hat sich das BVerfG demgegenüber sogar auf die objektive Theorie gestellt, nach der es nur auf den vom Gesetzgeber abgelösten Willen des Gesetzes selbst ankommt. - Vgl. BVerfG, Beschl.v.17.5.1960 - 2 BvL 11/59 u. 11/60 - NJW 1960 S.1563-1565 (S.1564).

199) So unzutreffend der BGH (Beschl. des GrSZ v.10.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295 [S.274]; Urt.v.17.4.1953 - V ZR 116/52 - NJW 1953 S.983-984 [S.984]). Diese Ansicht läßt sich wohl durch nichts begründen. So mit Recht FORSTHOFF, § 17 S.292 f, Anm.2 am Ende.

200) Vgl. die in Anm.189, 159 Zitierten

201) Vgl. die in Anm.158, 159 Zitierten

dieser Fortgeltung hat sich auch durch die Kapitulation am 8.5.1945 nichts geändert, wenn auch Art.153 WRV seine Verfassungskraft nicht wiedergewann.²⁰²⁾ Mag auch die Fortgeltung des Art.153 WRV bestritten gewesen sein (wie ebenso schon zur Zeit des Dritten Reiches), und mag der Gesetzgeber im konkreten Fall von seiner Nichtgeltung ausgegangen sein, also durch die Nichtregelung den Entschädigungsausschluß gewollt haben, so kann, wenn dies im Enteignungsgesetz nicht zum Ausdruck gekommen ist, eine Auslegung gewählt werden, die, i.S. der RG-Rechtsprechung, die fehlende Entschädigungsregelung aus Art.153 WRV ergänzt. Unter den gegebenen Auslegungsmöglichkeiten ist dann aber nach dem Grundsatz der normerhaltenden, verfassungskonformen Auslegung die zu wählen, die mit der Verfassung in Einklang steht. Wenn dabei mit Recht gesagt wird, keinesfalls dürfe dadurch eine Auslegung gegen den Willen des Gesetzes bzw. den Gesetzeszweck sanktioniert werden²⁰³⁾, so bedeutet das gerade, daß nur ein solcher Wille des Gesetzgebers in Betracht kommt, der sich in irgendeiner Weise im Gesetz selbst verobjektiviert hat.²⁰⁴⁾

Wenn daher bei einem Enteignungsgesetz aus der Zeit zwischen Kapitulation und Inkrafttreten des GG die Entschädi-

-
- 202) Vgl. GIESE, DRiZ 1953 S.61 f; derselbe, Enteignung S.13 ff; DIESTER, Enteignung S.44 ff; LECHNER, DÖV 1950 S.298-305 (S.299); FORSTHOFF, § 17 S.292, Anm.2; STÖDTER, DÖV 1953 S.97 f; SCHEUNER, Verfassungsschutz S.148 Anm.241; ferner die in Anm.159 zitierten Entscheidungen. Die abweichende Ansicht des BGH (siehe Anm.199) und von SCHNEIDER, H.u.W.1952 S.402 f ist abzulehnen, da sich ein solches Wiederaufleben der Verfassungskraft durch nichts begründen ließe (so mit Recht SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.148 Anm.241).
- 203) BVerfG, Beschl.v.7.5.1953 - 1 BvL 104/52 - BVerfGE 2 S.266-286 (S.282); BayVerfGH, Entscheidung v.28.12.1956 - Vf 102 - VII - 55 - BayVerfGHE n.F.Bd.9 (1956) II S.158-179 (S.165); BayVerfGH, Entscheidung v.21.4.1960 - Vf 100 - VII - 59 - MDR 1960 S.561-562 (S.561).
- 204) Die verfassungskonforme Auslegung findet daher ihre Grenze am normativen Gehalt des Gesetzes (BVerfG, Beschl.v.10.7.1958 - 1 BvF 1/58 - NJW 1958 S.1388-1389 [S.1389]). Vgl. im übrigen die in Anm.198 Zitierten.

gung nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder wenn sie unangemessen geregelt ist oder sich ein solcher Ausschluß aus dem Gesetz selbst oder aus mit ihm im Zusammenhang stehenden Normen durch o b j e k t i v e Auslegung klar ergibt, so muß auch für ein solches Gesetz, entgegen der Ansicht des BVerfG²⁰⁵⁾, die Entschädigungsregelung aus Art.153 Abs.2 S.2 WRV als angemessene Entschädigung (die i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG zu verstehen ist²⁰⁶⁾) ergänzt werden.²⁰⁷⁾

Es ist auch sonst keinerlei Grund ersichtlich, warum Gesetze aus der Zeit zwischen Kapitulation und Inkrafttreten des GG, die über die Entschädigung schweigen, anders bewertet werden sollten als Gesetze aus der Zeit vor der Kapitulation.

dd) Gilt auch das Erfordernis des förmlichen Gesetzes für vorkonstitutionelles Recht ?

Aus Art.14 Abs.3 S.2 GG ist, wie schon oben²⁰⁸⁾ dargelegt, zu entnehmen, daß das hier geforderte Gesetz ein f ö r m - l i c h e s G e s e t z sein muß, so daß Verordnungen, Satzungs- und Gewohnheitsrecht als Enteignungs- und auch als zureichende Entschädigungsgrundlage ausscheiden.²⁰⁹⁾ Die abweichende Ansicht, insbesondere von JELLINEK, WEBER und dem Württ.-BadVerwGH²¹⁰⁾, mußte abgelehnt werden. Es bleibt nur die Frage, ob nicht wenigstens für das vorkonstitutionelle Recht von dem Erfordernis des förmlichen Gesetzes abgesehen

205) BVerfG, Beschl.v.21.7.1955 (Anm.188); BVerfGE 4 S.237

206) S.o. zu u. in Anm.152 (S.47 f)

207) Sofern das betreffende Gesetz nicht schon überhaupt wegen Verstoßes gegen eine bereits vor Inkrafttreten des GG bestehende Landesverfassung mit deren Inkrafttreten nichtig wurde.

208) S.o.S. 7

209) Vgl. etwa KÜTTGEN, DVBl 1955 S.445-450 (S.448 Sp.2)

210) Zitiert in Anm.10 unter anderer Ansicht

werden kann.²¹¹⁾

Auch hier ist wieder von dem Gedanken auszugehen, daß aller nachkonstitutionelle Gesetzesvollzug auch vorkonstitutioneller Gesetze unter der unbedingten Herrschaft des materiellen Verfassungsrechts steht, also jede Enteignung allen materiellen Erfordernissen des Art.14 Abs.3 GG zu genügen hat. Soweit durch das "förmliche" Gesetz die Einhaltung des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens nach Artt.76 ff GG gesichert wird, kommt dem nur formaler Rang zu: Durch Einhaltung der durch das formelle Gesetzgebungsverfahren gewährleisteten Garantien soll die Beachtung der materiellen Erfordernisse für Enteignungen besonders gesichert werden. Die Anordnung dieses erschwerten Verfahrens kann sich als formale Verfassungsschutznorm daher nur an den nachkonstitutionellen Gesetzgeber wenden.²¹²⁾

Dennoch hat die Zulassung der Enteignung nur durch oder auf Grund förmlichen Gesetzes auch eine bedeutsame unmittelbare materiell-verfassungsrechtliche Folge: Durch dies Erfordernis des förmlichen Gesetzes wird dem staatlichen Hoheitsträger der Kreis seiner Möglichkeiten, in die private Eigentumessphäre des einzelnen einzugreifen, ganz erheblich eingeschränkt, und damit werden solche Eingriffe praktisch erschwert. Durch das Erfordernis des förmlichen Gesetzes ist das Eigentum des Einzelnen unter der Geltung des GG materiell-verfassungs-

211) JELLINEK (DVBl 1951 S.284; derselbe, VVDStRL H.10 S.163 f [Disk.Beitr.]) hat seine Ansicht, ein die Entschädigung gewährender Gewohnheitsrechtsatz reiche aus, gerade für einen Fall vorkonstitutioneller Rechtsverordnungen entwickelt. Ebenso verfuhr der Württ.-BadVerwGH bei Art.19 Abs.1 GG, der für Grundrechtseingriffe ein förmliches Gesetz verlangt, indem er dies Erfordernis des förmlichen Gesetzes auf vorkonstitutionelles Recht nicht anwandte (Württ.-BadVerwGH, Urt. v.18.2.1952 - 2 S - 241/51 - DÖV 1952 S.279-284 [S.282 ff] mit zustimmender Anmerkung von BREUNINGER, S.284). Auch das BVerwG scheint von der grundsätzlichen Weitergeltung vorkonstitutioneller Verordnungen auszugehen, sofern diese materiell verfassungsmäßig sind; vgl. BVerwG, Urt.v.3.11.1955 - BVerwG I C 15/53 - BVerwGE 2 S.295-302 (S.295 ff); Urt.v.13.3.1957 - BVerwG V C 26/56 - BVerwGE 4 S.332-338 (S.334 f).

212) Vgl. hierzu die Ausführungen oben, S.33 ff unter d)

rechtlich immun geworden gegen alle Eingriffe durch Verordnung, Satzungs- und Gewohnheitsrecht.²¹³⁾ Die Festigkeit des Eigentums und überhaupt der Grundrechte gegen Normen unterhalb des Ranges eines förmlichen Gesetzes muß heute als geltendes materielles Verfassungsrecht angesehen werden.²¹⁴⁾ Es würde im Widerspruch zu diesem Prinzip der Einschränkung der Enteignungsmittel stehen, wenn vorkonstitutionelle Verordnungen, Satzungs- oder Gewohnheitsrecht heute noch als Enteignungsgrundlage dienen dürften.

Gegen diese grundsätzlichen Erwägungen vermögen die von JELLINEK²¹⁵⁾ angeführten Zweckmäßigkeitserwägungen, es bestehe sonst die Gefahr, daß zu viele Normen nichtig würden, und im übrigen habe sich der früher angewandte Grundsatz des "dulde und liquidiere" als praktikabler und besser den Bedürfnissen der Verwaltung entsprechend erwiesen, nicht durchzuschlagen.²¹⁶⁾

213) Dieser Gedanke klingt bei BLOMEYER-BARTENSTEIN, S.24 an: "wenn also eine automatische Außerkraftsetzung allen die Grundrechte einschränkenden Rechts nicht im Sinne des GG liegt, so will es doch letztlich das formelle Gesetz als Grundlage für Einschränkungen".

214) Vgl. DÜRIG, AöR Bd.79 S.57-86 (S.62 zu und in Anm.16); Zwischen dem Erfordernis des förmlichen Gesetzes und Art.19 Abs.2 GG bestehe ein Junktim. Wenn z.B. eine Verordnung enteignet, so kann dadurch der wesensmäßig geschützte Umfang der Grundrechtsgewährleistung angetastet werden. (Dieser Gedanke scheint jedenfalls den Ausführungen von DÜRIG zugrunde zu liegen.)
Vgl. dazu die Ausführungen unten, S.107; vgl. ferner DÜRIG, JZ 1954 S.7 Sp.2; GREINER, DÖV 1954, S.584 f; JÖRn.F.Bd.1 S.179: "wenn mit leichter Hand in jedem Falle über die Grundrechte weggegangen werden könne, würden diese 'ausgehöhlt'".

215) JELLINEK, DVBl 1951 S.284; derselbe, VVDStRL H.10 S.163 f (Disk.Beitr.); Württ.-BadVerwGH, Urt.v.18.2.1952 - 2 S - 241/51 - DÖV 1952 S.279-284 (S.282 ff) mit zustimmender Anmerkung von BREUNINGER, S.284

216) Ebensowenig sind die Ausführungen des Württ.-BadVerwGH (DÖV 1952 S.282 ff, siehe vorige Anm.), die dieser zu Art.19 Abs.1 GG, der ebenfalls ein förmliches Gesetz verlangt, entwickelt hat, in ihren tragenden Gedanken mit der hier vertretenen Ansicht vereinbar.
Bei dem vom VerwGH als Beweis für die Behauptung, es gebe auch heute noch Grundrechtseinschränkungsmöglichkeiten ohne förmliches Gesetz, angeführten Sittengesetz nach Art.2 Abs.1 GG handelt es sich gar nicht um eine

Aus dem Kreis der vorkonstitutionellen Enteignungsnormen kommen daher heute nur noch die als Enteignungsgrundlage in Betracht, die dem Erfordernis des f ö r m l i c h e n Gesetzes genügen²¹⁷⁾, ohne daß sie hierbei den heutigen Bestimmungen über das Zustandekommen förmlicher Gesetze entsprechen müssen (und können).²¹⁸⁾ Vorkonstitutionelle förmliche Gesetze sind vielmehr solche, die den zur Zeit ihres Zustandekommens geltenden Bestimmungen für das Zustandekommen ordentlicher, förmlicher Gesetze entsprachen.

Hier ergibt sich allerdings noch eine Schwierigkeit: Zur Zeit des nationalsozialistischen Regimes wurde der Unterschied zwischen förmlichem und bloß materiellem Gesetz praktisch aufgelöst, da Gesetzgebung und Exekutive in der Hand des Führers vereinigt wurden.²¹⁹⁾ HOLT KOTTEN nimmt daher an, daß a l l e zu Eingriffen in Grundrechte ermächtigenden Gesetze, also auch Enteignungsgesetze, der nationalsozialistischen Zeit heute im Widerspruch zum Erfordernis des formellen Gesetzes stünden und damit nichtig seien, weil damals für formelle, also vom Volke oder von einer nach anerkannt demokratischen Grundsätzen gewählten Volksvertretung beschlossene Gesetze kein Raum mehr gewesen sei.²²⁰⁾

Fortsetzung von Anmerkung 216:

E i n s c h r ä n k u n g des Grundrechts des Art.2, sondern nur um eine S c h r ä n k e des Grundrechts. Die auf Grund von Besatzungsrecht möglich (gewesenen) Einschränkungen gehören ebenfalls nicht hierher, da das Besatzungsrecht außerhalb des deutschen Verfassungsrechts steht und an dieses daher auch nicht gebunden ist (s.u.S. 76 f zu u. in Anm.259).

Der Nachweis, daß wenigstens bei vorkonstitutionellen Gesetzen bei Grundrechtseingriffen, also auch im Falle des Art.14 Abs.3 GG, kein förmliches Gesetz nötig sei, ist dem Württ.-BadVerwGH mithin nicht gelungen.

So mit Recht DÜRIG, AöR Bd.79 S.57-86 (S.61 f); vgl. im einzelnen unten S.93 f, S.108.

217) So wohl auch PATSCHKE, BayVB1 1959 S.279; vgl. ferner unten S.92 ff, S.106 ff.

218) Vgl. schon oben S.35.

219) HUBER, Verfassungsrecht S.246

220) HOLT KOTTEN, BK, Art.123 II.Erl. zu Abs.1,6 (S.9 f)

Den umgekehrten Schluß zog das BVerwG²²¹⁾: Da die Unterscheidung zwischen förmlichem und nur materiellem Gesetz im Dritten Reich dogmatisch sinnlos geworden sei, weil der Grundsatz der Gewaltenteilung, der das formelle Gesetz allein der gesetzgeberischen Gewalt vorbehalte, nicht gegolten habe, sei auch heute bei NS-Gesetzen keine solche Unterscheidung zu treffen. Es seien daher auch Verordnungen aus dieser Zeit heute als gültig anzusehen (sofern sie sonst mit dem materiellen Verfassungsrecht in Einklang stehen).

Die Ablehnung der Auffassung des BVerwG ergibt sich bereits aus dem oben Gesagten: Das Eigentum ist unter der Herrschaft des GG unbedingt immun geworden gegen a l l e Eingriffe auf Grund nicht förmlicher Gesetze oder durch solche. Verordnungen scheiden daher heute ohne jede Einschränkung ausnahmslos als Enteignungsgrundlage aus.

Auch der Auffassung von HOLTKOTTEN kann nicht zugestimmt werden. Es wurde bereits oben²²²⁾ gesagt, das Erfordernis des förmlichen Gesetzes habe eine doppelte Wirkung: Einmal soll durch die Garantie des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens die Einhaltung der materiellen Enteignungserfordernisse gesichert werden; zum anderen ist hierdurch materiell-verfassungsrechtlich eine Beschränkung der Enteignungsmöglichkeiten des Hoheitsträgers eingetreten. Die Anordnung des formellen Gesetzgebungsverfahrens ist nur als Befehl an den nachkonstitutionellen Gesetzgeber zu verstehen.²²³⁾ Dem zweiten Erfordernis der Einschränkung der Enteignungsmittel ist aber auch schon dann entsprochen, wenn bei den Gesetzen aus der NS-Zeit nur die nicht förmlichen Gesetze, also in erster Linie Verordnungen ausscheiden. Mag auch die Unterscheidung zwischen förmlichem und nur materiellem Gesetz

221) BVerwG, Urt.v.3.5.1956 - BVerwG I C 172/53 - BVerwGE 3 S.254-258 (S.256); Urt.v.4.3.1954 - BVerwG I C 2/53 - NJW 1954 S.1133-1134 (S.1134)

222) S.o.S. 62 ff.

223) S.o.S. 62 f.

im Dritten Reich ihre innere Berechtigung verloren haben²²⁴⁾, so ist dennoch die Unterscheidung tatsächlich praktiziert worden.²²⁵⁾ Auch im Dritten Reich wurden im Gesetz in der Regel nur die grundsätzlicheren und besonders bedeutsamen Fragen geregelt, während die Verordnungen sich mehr mit der näheren technischen Regelung von Einzelgebieten befaßten.²²⁶⁾ Es bestand daher idR durchaus noch ein materieller Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung, wenn auch kein grundsätzlich dogmatischer mehr. Es bedeutet daher sehr wohl auch für NS-Gesetze eine sehr wirksame Einschränkung der Enteignungsmittel, wenn heute nur noch die "förmlichen" NS-Gesetze in Geltung bleiben. Dadurch ist der im Erfordernis des förmlichen Gesetzes liegende Zweck, das Eigentum fest zu machen gegen zu einfache Eingriffsmöglichkeiten im Wege der verfahrensmäßig viel leichter zu schaffenden Verordnungen, gewahrt. Es muß im übrigen jedem Staat selbst überlassen bleiben, den Unterschied zwischen förmlichem Gesetz und nur materiellem (Verordnungs-)Recht selbst nach eigenen Regeln festzulegen.²²⁷⁾

Entgegen HOLT KOTTEN²²⁸⁾ sind daher auch aus der NS-Zeit "förmliche" Enteignungsgesetze fernerhin gültig, sofern sie mit dem materiellen Verfassungsrecht in Einklang stehen.²²⁹⁾

224) So HUBER, Verfassungsrecht S.246 f

225) HUBER aaO

226) HUBER, Verfassungsrecht S.251 f

227) Vgl. dazu BGH, Urt.v.lo.7.1952 - III ZR 162/51 - NJW 1952 S.1139: "Die formellen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Gesetzes, auch wenn es von der Verfassung abweicht, schafft sich jedes Staatswesen selbst; ihre Wahrung kann nur an dem Rechte des Staates geprüft werden, der das Gesetz erlassen hat."

228) HOLT KOTTEN, BK, Art.123 II.Erl.zu Abs.1,6 (S.9 f)

229) Im Ergebnis ebenso KRACHT, DVBl 1950 S.517-520 (S.520, Anm.11); FRIESENHAHN in Recht, Staat, Wirtschaft, Bd.II 1950 S.254 f; zu weitgehend jedoch BVerwGE 3 S.254-258 (S.256) u. BVerwG in NJW 1954 S.1133 f (zitiert in Anm.221)

- 2) Vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes vorgenommene Enteignungen durch vorkonstitutionelles Gesetz oder auf Grund eines solchen Gesetzes

War bisher das Problem erörtert worden, welche Bedeutung die Enteignungserfordernisse des Art.14 Abs.3 GG für vorkonstitutionelle Gesetze, auf die h e u t e , nachkonstitutionell, eine Enteignung gestützt werden soll, haben, so wird nun die Frage aufzuwerfen sein, welche Wirkungen Art. 14 Abs.3 GG auf bereits vorkonstitutionelle E n t e i g n u n g e n durch Gesetze oder auf Grund von Gesetzen, die dem Art.14 Abs.3 GG nicht entsprechen, haben kann. Bei diesen vorkonstitutionellen Enteignungsakten kann es sich einmal um einmalige Eigentumsentziehungen, die m i t i h r e r D u r c h f ü h r u n g a b g e s c h l o s s e n sind, handeln, zum anderen kann der vorkonstitutionelle Enteignungsakt zu einer b i s i n d i e Z e i t n a c h I n k r a f t t r e t e n d e s G G fortdauernden D a u - e r b e s c h r ä n k u n g des Eigentums geführt haben.²³⁰⁾

- a) Vorkonstitutionell abgeschlossene Enteignungen ohne Dauerwirkung

Die Verfassungsnorm des Art.14 Abs.3 GG wirkt erst vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens am 24.5.1949, da der Gesetzgeber ihr keine rückwirkende Kraft beigelegt hat.²³¹⁾ Für vorkonstitutionell abgeschlossene Enteignungsakte kann daher Art. 14 Abs.3 GG a l s p o s i t i v - r e c h t l i c h e V e r f a s s u n g s n o r m keine Bedeutung mehr erlangen²³²⁾, weil es keinen allgemeinen Rechtssatz der Art gibt, daß bei Änderungen des materiellen Rechts in der Vergangenheit liegende, dem neuen Recht nicht mehr entsprechende,

230) Vgl. z.B. die den Urteilen des BVerwG v.26.3.1955, DVBl 1955 S.638-640 u. v. 13.3.1957, BVerwGE 4 S.332-338, des OVG Hamburg v.20.4.1953, MDR 1953 S.700-702 sowie dem Bescheid des OVG Münster v.22.2.1952, MDR 1953 S.58 f zugrundeliegenden Sachverhalte

231) Vgl. z.B. KRÜGER, AöR Bd.77 S.63

232) KRÜGER aaO; auch BGH, Beschl. des GrSZ v.10.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295 (S.275)

abgeschlossene Tatbestände noch nachträglich dem neuen Recht angepaßt werden müßten.²³³⁾

Vorkonstitutionelle Enteignungen durch oder auf Grund eines Gesetzes, das den Anforderungen des heutigen Art.14 Abs.3 GG nicht entsprach, weil es eine Entschädigung ausschloß oder unangemessen regelte, könnten daher nur dann nichtig oder anfechtbar oder zumindest heute entschädigungspflichtig sein, wenn man der in Art.14 Abs.3 S.2 GG positivierten Junktimklausel ü b e r p o s i t i v e n R a n g zuerkennen müßte²³⁴⁾, so daß kein positives Recht, selbst nicht

233) Hier ist nur die Rede von bei Inkrafttreten des neuen Rechts bereits a b g e s c h l o s s e n e n Tatbeständen. Soweit altrechtliche Tatbestände noch bei Inkrafttreten des neuen Rechts Rechtsfolgen zeitigen oder Rechtsverhältnisse beeinflussen, treten sie unter die Geltung des neuen materiellen Rechts und werden durch dieses modifiziert. Es handelt sich hier um sog. "unechte Rückwirkung", die jedoch nichts mit der echten Rückwirkung im eigentlichen Sinne zu tun hat. S.o.S. 36 zu u. in Anm.115; vgl. dazu auch HAAS, System S.51

234) Das scheint der BGH (Beschl. des GrSZ v.10.6.1952, BGHZ 6 S.270-295) zu tun. Ebenso BadStGH, Entscheidung v.31.8.1949 - StGH 3/49 - VwRspr Bd.2 S.129-134; ähnlich schon BadStGH, Urt.v. 15.1.1949 - StGH 2/48 - VwRspr Bd.1 S.373-376 (S.375 [f]); wohl auch STÖDTER, DÖV 1953 S.98; GIESE, DRiZ 1953 S.62; dagegen geht das Urt. des BGH v.2.12.1955 - V ZR 75/54 - BGHZ 19 S.209-227 (S.211 f) offenbar n i c h t von der überpositiven Geltung der Entschädigungsgarantie aus, da die Möglichkeit des Entschädigungsausschlusses durch Reichsgesetz auf Grund des Art.153 WRV n i c h t in ihrer Wirksamkeit bezweifelt wird.

Vom überpositiven Rang der Entschädigungsgarantie geht der BGH dann wieder aus in seinem Urt.v.30.1.1956 - III ZR 162/54 - BGHZ 20 S.15-30 (S.16 f). Gegen die (letzte) Ansicht des BGH z.B.: OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.702); vgl. hierzu auch PAGENKOPF, NJW 1952 S.1193-1197 (S.1195)

eine geschriebene Verfassung, sich über die Entschädigungs-
garantie hinwegsetzen dürfte. Die Existenz solcher vor-
staatlicher, vorverfassungsmäßiger "Menschenrechte" wird
vom GG anerkannt (Art.1 Abs.2).²³⁵⁾

Ob das E i g e n t u m ein solches überpositives, vor-
staatliches Recht ist, wird an sich schon bestritten.²³⁶⁾
Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage müßte weit über
den hier gegebenen Rahmen hinausführen. Auch wenn man an-
nimmt, das Eigentum sei ein überpositiv gewährleistetes
Recht i.S. der Grundrechtsqualität²³⁷⁾, so muß dennoch sehr
bezweifelt werden, ob auch der Entschädigungsgarantie, wie
sie Art.14 Abs.3 S.2 GG normiert hat, der gleiche überpo-
sitive Rang zukommt. Erkennt man derart das Eigentum als
überpositives Naturrecht an, so läßt sich allenfalls aus
dem Naturrecht noch der Satz herleiten, daß eine Enteignung
nur aus solchen den Interessen des Einzelnen übergeordne-
ten Belangen, also aus dem Gemeinwohl gerechtfertigt ist.²³⁸⁾
Daß dabei die Entschädigungsprinzipien, wie sie Art.14 Abs.3
GG normiert hat, eingehalten werden müssen, läßt sich na-
turrechtlich nicht begründen.²³⁹⁾ Es ist nicht möglich, die
in Art.14 Abs.3 normierten strengen Entschädigungsgarantien
"mit der Weihe des Naturrechts" zu umkleiden²⁴⁰⁾, wie das
z.B. der BadStGH in seiner Entscheidung vom 31.8.1949²⁴¹⁾

235) Vgl. v.MANGOLDT-KLEIN, Vorbemerkung vor Art.1, B IV 3,
S.94 ff u. Art.1, IV 1, S.155 f

236) Vgl. dazu v.MANGOLDT-KLEIN, Vorbemerkung vor Art.1,
B IV 3, 3.Absatz, S.95 f u. Art.14, II 9 b, S.419 ff
(mit Nachweisen)

237) So BGH, GrSZ, BGHZ 6 S.275; - vgl. v.MANGOLDT-KLEIN,
Vorbemerkung vor Art.1, B V 1, S.97 f

238) BadStGH, Urt.v.15.1.1949 - StGH 2/48 - VwRspr Bd.1
S.373-376 (Leitsatz 2 u. S.375). Andernfalls wäre m.E.
das Eigentum seines Wesens als überpositiv geltendes
Menschenrecht entkleidet.

239) So mit Recht MAUNZ in seiner Anmerkung zur Entscheidung
des BadStGH v.31.8.1949 - StGH 3/49 - (VwRspr Bd.2
S.129-134) in VwRspr Bd.2 S.134-136; vgl. auch SCHEUNER;
Verfassungsschutz S.78 (insbes. Anm.34)

240) MAUNZ aaO S.136

241) BadStGH v.31.8.1949 (zitiert in Anm.239), VwRspr Bd.2
S.129-134; vgl. ferner die in Anm.234 Zitierten

zu tun versuchte. Andernfalls müßte man den nach der WRV (Art.153 Abs.2 S.2) möglichen Entschädigungsausschluß als naturrechtswidrig und damit unwirksam ansehen. Diese Konsequenz ist aber wohl noch nie gezogen worden.²⁴²⁾ Art.14 Abs.3 GG hat vielmehr durch die Einführung seiner strengen Entschädigungsgarantien einen besonderen, über die (etwaige) naturrechtlichen Gewährleistung des Eigentums hinausgehenden, verstärkten Eigentumsschutz geschaffen.²⁴³⁾

Vorkonstitutionelle Enteignungen durch oder auf Grund eines vorkonstitutionellen Gesetzes, das der Entschädigungsgarantie des Art.14 Abs.3 GG nicht genügt, können daher heute nicht wegen Verletzung überpositiven Rechts in ihrer Geltung bezweifelt werden. Soweit nicht gegen vor Inkrafttreten des GG geltendes, höherrangiges Recht verstoßen wurde, waren und bleiben sie in ihrer Geltung rechtmäßig und können heute nicht mehr auf Grund des Art.14 Abs.3 S.2 GG in Zweifel gezogen werden oder zu einer Entschädigungsfolge führen.²⁴⁴⁾

b) Vorkonstitutionelle Enteignungen mit Dauerwirkung bis in die Zeit nach Inkrafttreten des Grundgesetzes

Es gibt auch solche vorkonstitutionellen Enteignungen, bei denen durch den vorkonstitutionellen Enteignungsakt eine dauernde Beschränkung des Eigentums eingetreten ist, die

242) Selbst der BGH (Urt.v.2.12.1955 - V ZR 75/54 - BGHZ 19 S.209-227 [S.211 f]) geht nicht soweit - von seinem Standpunkt aus inkonsequent -, wenn er auch in seinem Beschl.v.10.6.1952 (- GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295 [S.275]) die Naturrechtswidrigkeit des nach Art.153 WRV möglichen Entschädigungsausschlusses erwägt hatte. Vgl. hierzu im übrigen: KIRCHHEIMER, S.40; SCHEUNER, Verfassungsschutz S.83; MAURY, MDR 1954 S.144-147 (S.145 Sp.1 unter II 1); BVerfG, Beschl.v.24.4.1953 - 1 BvR 102/51 - BVerfGE 2 S.237-266 (S.253 f unter cc)

243) MAUNZ, VwRSpr Bd.2 S.134-136 (siehe Anm.239); IPSEN, VVDStRL H.10 S.79 f

244) H.M.; vgl. die in Anm.77,78 zitierten Autoren und Entscheidungen

sich bis in die Zeit nach Inkrafttreten des GG und damit der Entschädigungsgarantie des Art.14 Abs.3 GG erstreckt, z.B. ein auf Grund des Reichsnaturschutzgesetzes erlassenes dauerndes Bauverbot. Die h.M. läßt hier, wie oben erwähnt²⁴⁵⁾, den vorkonstitutionellen Enteignungsakt durch Art.14 Abs.3 GG unberührt und rechtswirksam bleiben und gewährt nur für die Zeit nach Inkrafttreten des GG eine Entschädigung i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG.²⁴⁶⁾

Auch in den Fällen der Enteignung mit Dauerwirkung ist die E n t e i g n u n g als solche durch einen einmaligen Akt vollzogen und mit dessen Durchführung a b g e s c h l o s s e n. Denn die dem Eigentümer auferlegte Dauerbeschränkung läßt sich rechtlich nicht als eine Reihe immer wieder neu vorgenommener Enteignungsakte sehen, die etwa in einer Nichtzurücknahme der Eigentumsbeschränkung durch die zuständige Verwaltungsbehörde liegen könnten. Da das GG keine Rückwirkung hat und es auch keinen überpositiven Rechtsatz, der eine entschädigungslose Enteignung schlechthin ausschließt, gibt²⁴⁷⁾, ist und bleibt der vorkonstitutionelle Enteignungsakt auf Grund eines Gesetzes oder durch Gesetz, das keine oder keine angemessene Entschädigung gewährt, gültig und rechtmäßig, auch wenn er zu einer Dauer-

245) S.o.S.26 f unter b)

246) Zu der dabei auftauchenden Frage, w a n n die Enteignung vollzogen ist, wenn z.B. eine vorkonstitutionelle Verordnung ein Gebiet unter Landschaftsschutz gestellt hat und die Verwaltungsbehörde nunmehr nachkonstitutionell die Baugenehmigung versagt, ob also hier bereits die Landschaftsschutzverordnung oder erst der ablehnende (nachkonstitutionelle) Verwaltungsakt die Enteignung vollzieht, vgl. RUDOLF, DÖV 1959 S.674-678 (S.675 ff); auch HAAS, DVBl 1957 S.859

247) S.o.S. 68 ff.

Vgl. im übrigen SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.78 zu u. in Anm.34; Allenfalls das Eigentum als Freiheitsrecht in seinem Kerne, nicht aber die Modalitäten haben vorstaatlichen, naturrechtlichen Charakter. Vgl. auch WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, S.356; KIRCHHEIMER, S.39 u.40.
Selbst der BGH (Urt.v.2.12.1955 - V ZR 75/54 - BGHZ 19 S.209-227 [S.211 f]) geht ohne weiteres von der Wirksamkeit der Entschädigungsausschlußmöglichkeit in Art.153 WRV aus.

beeinträchtigung führte (sofern das Gesetz nicht damals gegen höherrangiges Recht verstieß). Auch die Tatsache, daß ein vorkonstitutioneller Enteignungsakt zu Dauerbeschränkungen bis in nachkonstitutionelle Zeit führt, vermagnichts daran zu ändern, daß dieser vorkonstitutionelle Akt nach dem damaligen Recht rechtmäßig war und deshalb auch heute nicht als nachträglich rechtswidrig und ungültig hingestellt werden kann.²⁴⁸⁾

Es kann daher heute nur noch die Frage aufgeworfen werden, was für einen Einfluß Art.14 Abs.3 GG auf die sich aus der rechtmäßigen vorkonstitutionellen Enteignung ergebenden Dauerwirkungen gewonnen hat, soweit diese nach Inkrafttreten des GG am 24. 5. 1949 hervortreten. Es handelt sich zwar hierbei nicht mehr eigentlich um ein Problem der Bedeutung des Art.14 Abs.3 GG für vorkonstitutionelles Recht, sondern um ein solches der Anwendbarkeit des Art.14 Abs.3 GG auf nach vorkonstitutionellem Recht bereits vorgenommene Eigentums eingriffe, also um die Frage, wie sich Art.14 Abs.3 GG auf eine vorkonstitutionell bereits geschaffene, zur Zeit des Inkrafttretens des GG noch fortbestehende Rechtslage auswirkt; dennoch soll auch dieses Problem wegen seines engen Zusammenhangs mit der Problematik des Art.14 Abs.3 hinsichtlich vorkonstitutionellen Rechts behandelt werden.

-
- 248) Die entgegenstehende, auf überpositive Erwägungen gegründete Ansicht des BGH (BGH, Beschl. des GrSZ v.10. 6.1952, BGHZ 6 S.270-295 [S.275]) mußte bereits oben abgelehnt werden (s.o. S. 69f)

Irrig, zumindest unpräzise daher auch RUDOLF, der die vorkonstitutionellen Enteignungsakte, wenn eine Entschädigung ausgeschlossen war, als enteignungsgleiche Eingriffe bezeichnet. Es handelt sich hier doch gerade um rechtmäßige Eingriffe. Vgl. RUDOLF, DÖV 1959 S.674-678 (S.675 Sp.1 oben); ebenso der zitierte Beschl. des GrSZ des BGH (BGHZ 6 S.289 ff). Dagegen daher mit Recht: WEBER (DVBl 1955 S.43 Sp.2); OVG Hamburg, Urt.v.20.4. 1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.701 u. 702); OVG Münster, Bescheid v.22.2.1952 - II A 1149/51 - DVBl 1952 S.534-536 (S.535 Sp.1); vgl. auch das Urt.v. 3.4.1952 - II A 1340/51 - DVBl 1952 S.534

Für die Beantwortung der Frage der Bedeutung des Art.14 Abs.3 S.2 GG für nachkonstitutionell hervortretende Enteignungswirkungen vorkonstitutioneller Enteignungen stehen theoretisch drei Möglichkeiten zur Verfügung: Einmal kann das Inkrafttreten des Art.14 Abs.3 GG auf die Dauerwirkungen ohne Einfluß geblieben sein, da der Enteignungsakt ja vorkonstitutionell abgeschlossen war. Zum zweiten könnte Art.14 Abs.3 die Wirkung haben, daß mit Inkrafttreten des GG alle Enteignungswirkungen fortgefallen sind, weil die Enteignung entschädigungslos oder gegen nicht dem Art.14 Abs.3 S.3 entsprechende Entschädigung vorgenommen war. Und drittens könnte Art.14 Abs.3 S.2 und 3 insoweit anzuwenden sein, daß alle nachkonstitutionellen Enteignungswirkungen zu entschädigen wären.

Die erste Möglichkeit würde dazu führen, daß der betroffene Eigentümer noch heute unter der Geltung des GG eine Beschränkung seiner Eigentumssphäre und damit ein Vermögensopfer zu erbringen hätte - als Folge der vorkonstitutionell abgeschlossenen Enteignung - , ohne dafür entschädigt zu werden.²⁴⁹⁾ Aus Art.14 Abs.3 S.2 GG muß aber gerade entnommen werden, daß niemand unter der Geltung des GG ein über die Sozialbindung des Eigentums (Art.14 Abs.2 GG) hinausgehendes Sonderopfer zu erbringen hat, ohne dafür (nach Maßgabe des Art.14 Abs.3 S.3) entschädigt zu werden. Mit dieser verfassungsrechtlich gewährleisteten Entschädigungspflicht würde es in Widerspruch stehen, wenn heute noch ein Eigentümer die durch vorkonstitutionelle Enteignung verursachten Dauerbeschränkungen entschädigungslos hinzunehmen

249) Das Vermögensopfer liegt hier ja gerade n i c h t in der E n t z i e h u n g einer Sache oder eines vermögenswerten Rechtes, sondern in der ständigen Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Eigentümers über seine Vermögensgüter, so daß - auf Grund des einmaligen Enteignungsaktes - der Eigentümer nunmehr fortdauernde Vermögensopfer zu erbringen hat.

hätte.²⁵⁰⁾ Dies würde zudem auch einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlich (Art.3 Abs.1 GG) gewährleisteten Gleichheitssatz bedeuten, wenn einzelne Eigentümer als Folge vorkonstitutioneller Enteignungen heute noch entschädigungslos Opfer aus ihrem Vermögen zu erbringen hätten, während bei nachkonstitutionellen Enteignungen ausnahmslos entschädigt würde. Hier würden sachlich gleiche Tatbestände: Vermögensopfer unter der Geltung des GG, nach sachlich nicht zu rechtfertigenden Gesichtspunkten ungleich behandelt.²⁵¹⁾

Es ist auch nicht möglich, alle vorkonstitutionellen, entschädigungslosen Eigentums Eingriffe mit Dauerwirkung etwa heute als bloße Eigentums b i n d u n g e n aufrecht zu erhalten²⁵²⁾, denn die Auslegung der Begriffe Enteignung und Eigentumsbindung kann unter der Geltung des GG nur eine einheitliche sein.

Alle vorkonstitutionell vorgenommenen Dauerbeschränkungen des Eigentums müssen vielmehr seit Inkrafttreten des GG nach dem heute geltenden Art.14 Abs.3 GG beurteilt werden.²⁵³⁾

Es bleibt allerdings die Frage, w i e diese nachkonstitutionell fortdauernden Enteignungswirkungen nach Art.14 Abs.3 S.2 GG zu beurteilen sind: Ob die nachkonstitutionellen Enteignungswirkungen zu einer Entschädigungsleistung i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 führen oder ob sie zur Aufhebung aller

250) WEBER, DVBl 1955 S.43; derselbe in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.387

251) Vgl. zum Gleichheitssatz BVerfG, Beschl.v.17.6.1953 - 1 BvR 668/52 - BVerfGE 2 S.336-341 (S.340 f)

252) Dazu scheint HAAS, MDR 1951 S.650-653 (S.652) zu neigen, der überhaupt die Inhaltsbestimmungen des Eigentums weit auslegen will. Ebenso die Auffassung der Bayerischen Staatsregierung in einem Rechtsstreit vor dem BayVerfGH (Entscheidung des BayVerfGH in BayGVBl 1959 S.138-142); vgl. auch den ähnlichen Vorschlag von IPSEN, VVDStRL H.10 S.93 f; dagegen mit Recht ULE, DVBl 1951 S.688-689 (S.689)

253) Vgl. RUDOLF, DÖV 1959 S.674-678 (S.677); BGH, Beschl. des GrSZ v.10.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295 (S.274 f)

nachkonstitutionellen Enteignungswirkungen (aber auch nur dieser²⁵⁴⁾ wegen Verletzung des Art. 14 Abs.3 S.2 GG führen. Da die strengen formellen Erfordernisse des Art.14 Abs.3 S.2 GG sich auf das Enteignungsgesetz und den Enteignungsakt beziehen und im Zeitpunkt des Enteignungsaktes erfüllt sein müssen, kommt eine Beurteilung nach diesen Erfordernissen nicht mehr in Frage, da der Enteignungsakt vor Erlass des GG, also außerhalb seines zeitlichen Geltungsbereiches, rechtswirksam und rechtmäßig abgeschlossen ist. Es kann daher für die nachkonstitutionellen Enteignungswirkungen eines solchen, außerhalb der Geltung des GG stehenden, Enteignungsaktes nur die materiell-rechtliche Entschädigungsgarantie des Art.14 Abs.3 S.2 GG gelten, wonach jede über die Sozialbindung des Eigentums hinausgehende Vermögensbeeinträchtigung nach Inkrafttreten des GG entschädigt werden muß. Diesem Erfordernis ist schon genügt, wenn für alle nachkonstitutionellen Enteignungswirkungen eine Entschädigung i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG gewährt wird. Denn es muß davon ausgegangen werden, daß bei Veränderung der Rechtslage grundsätzlich frühere Akte rechtswirksam in Geltung bleiben und nur deren Folgen mit der neuen Rechtslage in Einklang zu bringen sind. Nur wenn die Rechtsordnung sich so grundlegend ändert, daß eine Aufrechterhaltung der früheren Rechtsverhältnisse mit dem neuen Recht keinesfalls mehr in Einklang zu bringen ist oder zu untragbaren oder unsinnigen Ergebnissen führen würde, fallen mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts die Rechtswirkungen der früheren Akte weg. Das ist hier nicht der Fall. Durch bloße Entschädigungsgewährung können die Rechtsfolgen des vor-

254) Der vorkonstitutionelle Enteignungsakt bleibt, wie oben (S. 71f) dargelegt, in jedem Falle voll rechtswirksam und rechtmäßig. Lediglich die durch ihn geschaffene Rechtslage könnte mit Inkrafttreten des Art.14 GG in der alten Form rechtswidrig geworden sein.

konstitutionellen Enteignungsaktes, also die Dauerbeeinträchtigungen des Eigentums, mit der Entschädigungsgarantie des Art.14 Abs.3 S.2 GG in Übereinstimmung gebracht werden.

Zu dem gleichen Schluß führen die von RUDOLF²⁵⁵⁾ angeführten Erwägungen: Der in seinem Eigentum beschränkte Eigentümer stehe gegenüber dem Staat in einem öffentlich-rechtlichen Dauerpfllichtverhältnis, das durch einmaligen, hoheitlichen (vorkonstitutionellen) Akt begründet wurde. Dieses Dauerpfllichtverhältnis entspreche dem bürgerlich-rechtlichen Dauerschuldverhältnis. Trete im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse ein, die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen maßgebend waren, so bestimme § 323 ZPO, daß jeder Teil berechtigt sei, im Wege der Klage eine entsprechende Änderung des Urteils zu verlangen. Als wesentliche Änderung der Verhältnisse gelte auch die Änderung der Gesetzgebung.²⁵⁶⁾ Ein ähnlicher Fall von entsprechenden Dauerverhältnissen im öffentlichen Recht seien die besonderen Gewaltverhältnisse. Auch diese seien nach dem jeweils geltenden Recht zu beurteilen.²⁵⁷⁾ Dieser Grundsatz müsse auch für die bei vorkonstitutionellen Enteignungen mit Dauerwirkung auftretenden Dauerpfllichtverhältnisse gelten, die ebenfalls heute nach dem geltenden Recht, also nach Art.14 Abs.3 S.2 GG beurteilt werden müßten, so daß für nachkonstitutionelle Beeinträchtigungen eine Entschädigung i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG zu zahlen sei.²⁵⁸⁾

Dieser Argumentation RUDOLFs ist nur hinzuzufügen, daß es sich hier um den wohl allgemeingültigen Satz handelt, daß bei Inkrafttreten neuer materieller Rechtsnormen grundsätz-

255) RUDOLF, DÖV 1959 S.677 f

256) RUDOLF, DÖV 1959 S.677 Sp.2; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, Bd.1 § 323, II 3a; RGZ 46 S.65-68

257) RUDOLF, DÖV 1959 S.677 Sp.2

258) RUDOLF aaO S.677 Sp.2, 678 Sp.1

lich die nach früherem Recht begründeten Rechtsverhältnisse bestehen bleiben, sofern sie dem neuen Recht nicht zuwider sind oder ihre Anpassung unsinnig oder unzweckmäßig wäre, daß sie aber durch das neue Recht in ihrem Inhalt modifiziert oder geändert werden.²⁵⁹⁾

Da also von dem Grundsatz des Weiterbestehens vorkonstitutioneller Rechtsverhältnisse bei materiellen Rechtsänderungen auszugehen ist und die Rechtsfolgen des vorkonstitutionellen entschädigungslosen Enteignungsaktes durch Entschädigungsgewährung ohne weiteres in Einklang mit der heutigen materiellen Rechtslage gebracht werden können, sind die auf vorkonstitutionelle, entschädigungslose Enteignungsakte zurückgehenden Dauerwirkungen heute weiter wirksam als rechtmäßige Folgen des rechtmäßigen vorkonstitutionellen Aktes²⁶⁰⁾ und lediglich entsprechend Art.14 Abs.3 S.3 GG zu entschädigen. Hat der vorkonstitutionelle Akt eine Entschädigung überhaupt festgesetzt, jedoch i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 unangemessen, so muß dies erst recht gelten.²⁶¹⁾ An die Stelle der unangemessenen Entschädigung tritt für nachkonstitutionelle Beeinträchtigungen die Entschädigung i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG.²⁶²⁾

Hätte die Verwaltung den enteignenden Verwaltungsakt vielleicht auch vor Inkrafttreten des GG nicht erlassen, wenn sie mit einer späteren Entschädigungspflicht gerechnet hätte, so ändert das nichts an dieser Beurteilung. Es ist Aufgabe der Verwaltung, sich den ändernden tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten anzupassen²⁶³⁾; sie muß daher, wenn sie für ihre enteignenden Maßnahmen keine Entschädigung leisten will, selbst tätig werden und die Eigentumsbeschränkung aufheben.

259) Vgl. schon oben, Anm.115.

260) Unrichtig daher RUDOLF. DÖV 1959 S.675 Sp.1 oben, der in diesem Zusammenhange vom enteignungsgleichen Eingriff redet. Vgl. auch Anm.248.

261) Argumentum a maiore ad minus

262) H.M.: Vgl. die in Anm.84, 82, 78 zitierten Autoren und Entscheidungen

263) Vgl. NAUMANN, DVBl 1951 S.400 Sp.1

Die Begründung der Entschädigungspflicht folgt für nachkonstitutionelle Eigentumsbeeinträchtigungen enteignenden Charakters auf Grund vor-konstitutionellen Enteignungsaktes unmittelbar aus dem Rechtsgedanken des Art.14 Abs.3 S.2 GG, aus dem das Prinzip der lückenlosen Entschädigungsgarantie zu entnehmen ist. Der Entschädigungsmaßstab ist dem in Art.14 Abs.3 S.3 GG aufgestellten Abwägungsprinzip zu entnehmen.²⁶⁴⁾ Da hier sonst jegliche gesetzliche Regel fehlt und die Grundrechte nach Art.1 Abs.3 GG unmittelbar geltendes Recht sind²⁶⁵⁾, ist ein solches Zurückgreifen auf die unmittelbaren Verfassungsprinzipien zulässig und geboten.

Maßgebender Zeitpunkt für den Beginn der zu leistenden Entschädigung (und auch für ihre Einklagbarkeit) ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens des GG am 24.5.1949.²⁶⁶⁾

IV. Randprobleme

- 1) Nachholung des Entschädigungsjunktims beim Enteignungsakt durch die Verwaltungsbehörde ?

Die Rechtsprechung scheint in einigen Fällen davon ausgegangen zu sein²⁶⁷⁾, daß u.U. die Enteignungsbehörde selbst bei vorkonstitutionellen Enteignungsgesetzen, die dem Art.14 Abs.3 S.2 GG nicht entsprechen, die Pflicht habe, die Junktimklausel des Abs.3

264) Vgl. die in Anm.84 zitierten.

265) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 II 5, S.544; Art.1 IV 3 d, S.160

266) RUDOLF, DÖV 1959 S.678. Sofern nicht schon früher durch Landesverfassung die Entschädigungspflicht obligatorisch wurde. Dann ist schon vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der betreffenden Landesverfassung an eine Entschädigung entsprechend dieser Landesverfassung zu leisten.

267) Vgl. die Urteile des OVG Hamburg v.14.6.1951 - OVG Bf II 536/49 - DVBl 1952 S.244-246 u.v.20.9.1951 - OVG Bf II 192/51 - DVBl 1952 S.246-247; anscheinend auch das Urt.v.9.11.1950 - OVGBf II 184/50 - VwRspr Bd.3 S.461-466 (S.466)

S.2 auszufüllen.²⁶⁸⁾

Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Zwar ist auch die Verwaltung an Gesetz und Recht (Art.20 Abs.3 GG), insbes. an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht (Art.1 Abs.3 GG) und damit auch an Art.14 Abs.3 GG gebunden. Art.14 Abs.3 S.2 GG verlangt aber die Einhaltung des Entschädigungsjunktims nur und allein vom Gesetzgeber.²⁶⁹⁾ Entspricht ein Gesetz aus vorkonstitutioneller Zeit nicht den materiellen Voraussetzungen des Art.14 Abs.3 S.2 GG, weil es die Entschädigung ausschließt oder unangemessen regelt, so scheidet es ohne weiteres als Enteignungsgrundlage aus²⁷⁰⁾; die Verwaltungsbehörde kann diesen Mangel nicht durch Nachholung des Entschädigungsjunktims heilen. Bei einem vorkonstitutionellen Gesetz dagegen, das gar keine Entschädigung regelt und das heute, durch die Entschädigungsregelung des Art.153 WRV ergänzt, weiterhin als Enteignungsgrundlage dienen kann²⁷¹⁾, ist der heute darauf gestützte Enteignungsakt keinesfalls deshalb unwirksam, weil die unter der Geltung des GG handelnde Enteignungsbehörde nicht Art und Ausmaß der Entschädigung geregelt hat. Eine solche Verschiebung der Entschädigungsregelungspflicht vom Gesetzgeber auf die Verwaltung ist nicht zulässig.²⁷²⁾ Die Verwaltung könnte auch die Entschädigung gar nicht "regeln", sondern nur an Hand der gesetzlich festliegenden Maßstäbe (Art.153 WRV: angemessene Entschädigung, heute auszulegen i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG) für den Einzelfall "bestimmen".

268) So auch HAAS, System S.31; nicht ganz konsequent die Ausführungen auf S.40, wo gesagt wird, der Gesetzgeber allein sei der Adressat des Art.14 Abs.3 S.2 GG. Vgl. auch NAUMANN, DVBl 1951 S.400 Sp.1

269) So HAAS (System S.40) selbst

270) S.o.S. 51 ff (55 f)

271) S.o. S.45 ff (unter aa)

272) DÜRIG, JZ 1954 S.8 Sp.1; das Risiko der Nichtbeachtung des Entschädigungsjunktims trägt allein der Gesetzgeber. Es kann nicht der Verwaltung überbürdet werden.

Zwar kann die Verwaltungsbehörde Art und Ausmaß der Entschädigung und actu mit ihrem Enteignungsakt festsetzen, und es wäre im Interesse des Betroffenen zu wünschen, wenn sie es täte, aber sie ist dabei in jedem Fall streng an die gesetzlich bereits festliegenden Entschädigungsvorschriften, insbesondere den Bemessungsmaßstab des Art.14 Abs.3 S.3, gebunden und unterliegt bei der Auslegung dieser Begriffe der richterlichen Kontrolle.²⁷³⁾

Die Verwaltungsbehörde ist also keinesfalls verpflichtet, das Entschädigungsjunktum des Art.14 Abs.3 S.2 GG ihrerseits auszufüllen, wenn sie auf Grund von vorkonstitutionellen Gesetzen, die den heutigen formalen Erfordernissen der Junktumklausel nicht genügen, heute enteignen will.²⁷⁴⁾

2) Vorkonstitutionelles Besatzungsrecht

Für das Besatzungsrecht ergibt sich keine besondere Problematik: Soweit und solange es als reines Besatzungsrecht galt, stand es außerhalb des deutschen Rechtes und war auch nicht dem deutschen Verfassungsrecht unterworfen.²⁷⁵⁾ Ein Verstoß gegen Grundsätze des Art.14 Abs.3 GG

273) Vgl. hierzu allerdings HAAS, System S.30 f

274) So DÜRIG, JZ 1954 S.8 Sp.1; GREINER, DÖV 1954 S.587, Anm.44; HAAS, DVBl 1957 S.860 Sp.1; vgl. auch BVerwG, Urt.v.8.12.1953 - BVerwG I C 100/53 - BVerwGE 1 S.42-44 (S.43)

275) Vgl. HOLTKOTTEN, BK, Art.123, II.Erl. zu Abs.1,4a-c, S.6-8; ferner E.WOLFF, DRZ 1950 S.1-6 (S.6); BGH, Urt. v.6.4.1951 - I ZR 39/50 - BGHZ 1 S.363-369 (S.368 f); BadStGH, Urt.v.15.1.1949 - StGH 2/48 - VwRspr Bd.1 S.373-376 (S.375); BadStGH, Urt.v.27.11.1948 - StGH 3/48 - SJZ 1949 Sp.215-220 (Sp.218-220). Wenn es sich um unmittelbares Besatzungsrecht oder um auf bindende Anordnung der Militär-Regierung erlassene Anordnung handelt, bemißt sich die Gültigkeit des Besatzungsrechts nicht nach Verfassungs- sondern allein nach Völkerrecht. Vgl. auch GIESE, Enteignung S.38 ff, der zu teilweise anderen Ergebnissen gelangt. (Soweit Besatzungsrecht als quasi in Stellvertretung erlassenes deutsches Recht angesehen werden könne, sei es deutschrechtlich, also [auch] nach Art.14 Abs.3 GG zu beurteilen. GIESE, aaO S.43 ff)

war daher ohne Einfluß auf seine Wirksamkeit. Soweit es später in deutsches Recht überführt wurde (was allerdings erst geschehen konnte, nachdem die betreffenden Gesetzgebungsmaterien von den Besatzungsmächten zur Disposition des deutschen Gesetzgebers gestellt waren²⁷⁶⁾, war es damit deutschem Recht gleichgestellt und wie dieses zu bewerten.

C. Die Bedeutung der Rechtswegklausel des Artikels 14 Absatz 3 Satz 4 des Grundgesetzes für das vorkonstitutionelle Recht

Schließlich soll auch noch auf den Fall eingegangen werden, daß ein vorkonstitutionelles Gesetz den Rechtsweg ausschließt, also dem Art.14 Abs.3 S.4 GG nicht entspricht.²⁷⁷⁾ Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß solche, den Rechtsweg ausschließende Bestimmungen heute nichtig sein müssen.²⁷⁸⁾ In die dadurch entstehende Lücke tritt dann unmittelbar Art. 14 Abs.3 S.4 GG selbst. Denn dieser eröffnet s e l b s t u n m i t t e l b a r von Verfassungen wegen den Rechtsweg²⁷⁹⁾, er stellt nicht erst ein (materielles oder formelles) Erfordernis für Enteignungsgesetze auf. Die Rechtswegnorm des Art.14 Abs.3 S.4 GG gilt für alle nachkonstitutionellen Sachverhalte.

276) Vgl. KERN, MDR 1950 S.68-71 (S.71)
277) Vgl. z.B. § 27 des Reichsleistungsgesetzes vom 1.9.1939 (RGBl I S.1645)

278) Dadurch wird n i c h t die ganze Enteignungsnorm nichtig. Die Rechtswegklausel steht nicht in einem so engen und untrennbaren sachlichen Zusammenhang mit den Enteignungsnormen, daß die Nichtigkeit der Klausel zur Nichtigkeit auch der Enteignungsnorm führt.
Vgl. dazu schon oben S. 52 f , ferner die in Anm.173, 174, 176 Zitierten

279) WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.396; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII lo e, S.454: "Die Rechtswegklausel des Abs.3 Satz 4 ändert widersprechendes älteres Recht unmittelbar." WOLFF, § 62 IV b 6, S.333; CLEMENS, MDR 1950 S.588-591 (S.589); HUBER II S.58; BGH, Urt.v.15.11.1951 - III ZR 21/51 - BGHZ 4 S.10-53 (S.48 f); Urt.v.20.12.1951 - IV ZR 163/50 - BGHZ 4 S.266-279 (S.271 f); Urt.v.17.4.1953 - V ZR 116/52 - BGHZ 9 S.242-250 (S.248 f,250); Urt.v.22.12.1953 - V ZR 6/51 - NJW 1954 S.554-557 (S.555); Urt.v.29.1.1954 - V 30/52 - NJW 1954 S.597-

Der Sachverhalt, auf den Art.14 Abs.3 S.4 dabei abstellt und der daher nachkonstitutionell sein muß, um von der Geltung dieser Rechtswegnorm noch erfaßt zu werden, ist hier nicht die Enteignung, sondern der Streitfall. Daher ist der Meinung zuzustimmen, nach der der Rechtsweg nicht nur für nachkonstitutionelle, sondern auch für vorkonstitutionelle Enteignungsfälle offensteht, sofern nur die Höhe der Entschädigung im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GG (oder später) noch im Streite war.²⁸⁰⁾

D. Zusammenfassung

1) Vorkonstitutionelle Gesetze können auch noch nach Inkrafttreten des GG als Enteignungsgrundlage dienen, wenn sie mit den materiellen Rechtsgedanken des Art.14 Abs.3 GG in Einklang zu bringen sind: Wenn die betr. Enteignungsermächtigung dem Wohle der Allgemeinheit entspricht (Art.14 Abs.3 S.1), kann die fehlende Entschädigungsregelung aus Art.153 WRV ergänzt werden. Die "angemessene" Entschädigung des Art.153 WRV ist dabei i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG zu handhaben.

Regelt das vorkonstitutionelle Gesetz die Entschädigung unangemessen oder schließt es sie aus, so ist eine solche Ergänzung unzulässig. Auf ein solches Gesetz können heute keine Enteignungen mehr gestützt werden.

Für Gesetze aus der Zeit zwischen Kapitulation (8.5.1945) und Inkrafttreten des GG (24.5.1949) ist entgegen der Ansicht des BVerfG insoweit keine Sonderbewertung geboten.

Fortsetzung von Anmerkung 279:

599 (S.598); OVG Hamburg, Urt.v.25.8.1950 - Bf I 227/50 - NJW 1951 S.375 f (S.376 Sp.2); Zeitliche Beschränkungen, Fristen für den Rechtsweg etc. sollen danach gültig bleiben.

Vgl. ferner OVG Hamburg, Urt.v.24.4.1950 - Bf II 482/49 - MDR 1950 S.504 f; Urt.v.30.6.1950 - Bf I 685/49 - MDR 1950 S.568 f; FRIESENHAHN, DV 1949 S.478-485 (S.483)

280) BGHZ 4 S.266-279 (S.273) (zitiert in Anm.279); v.MAN-GOLDT-KLEIN, Art.14 VII 10 e, S.454; WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.396

2) Das aus Art.14 Abs.3 S.2 GG zu entnehmende Erfordernis des förmlichen Gesetzes gilt auch für vorkonstitutionelles Recht. Förmliche vorkonstitutionelle Gesetze sind solche, die auf dem zur Zeit ihres Zustandekommens dafür vorgesehenen, ordentlichen Gesetzgebungswege zustande kamen.

3) Vorkonstitutionell vorgenommene Enteignungen bleiben durch das Inkrafttreten des Art.14 Abs.3 GG unberührt in ihrer Geltung und Rechtmäßigkeit. Sofern sie allerdings eine Dauerwirkung über die Zeit des Inkrafttretens des GG hinaus entfalten, ist für alle nach dem 24.5.1949 erlittenen Beeinträchtigungen des Eigentümers diesem eine Entschädigung nach dem Bemessungsgrundsatz des Art.14 Abs.3 S.3 GG zu leisten.

4) Die Enteignungsbehörde, die auf Grund eines vorkonstitutionellen, über die Entschädigung schweigenden und daher aus Art.153 WRV ergänzbaren Gesetzes heute enteignen will, ist nicht verpflichtet, ihrerseits das Entschädigungsjunktim einzuhalten, obwohl dies im Interesse des Betroffenen zu wünschen wäre. Sie könnte dabei die Entschädigung allerdings nicht "regeln", sondern nur an Hand der gesetzlich festliegenden Begriffe (Art.153 WRV: angemessene Entschädigung, heute i.S. des Art.14 Abs.3 S.3 GG auszulegen) festsetzen. Sie unterliegt hierbei der richterlichen Kontrolle.

5) Für Besatzungsrecht gelten keine Besonderheiten. Es ist nicht dem deutschen Verfassungsrecht unterworfen und daher nicht an Art.14 Abs.3 GG zu messen.

Soweit es später in deutsches Recht übergeleitet wurde, ist es wie dieses zu bewerten.

6) Vorkonstitutionelle Rechtswegausschlussnormen in Enteignungsgesetzen sind heute verfassungswidrig und daher nichtig. An ihre Stelle tritt unmittelbar Art.14 Abs.3 S.4 GG selbst und eröffnet den Rechtsweg.

Art.14 Abs.3 S.4 GG eröffnet den Rechtsweg auch für vorkonstitutionelle Enteignungs-

f ä l l e , sofern nur die Höhe der Entschädigung im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GG (oder später) noch im Streite ist.

2. Abschnitt: Die Bedeutung des Artikels 19 des Grundgesetzes für das vorkonstitutionelle Recht

Auch bei den in Art.19 Abs.1 und 2 GG für Eingriffe in Grundrechte aufgestellten Erfordernissen muß heute gefragt werden, welche Bedeutung sie für das bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits bestehende, vorkonstitutionelle Recht erlangt haben.

Der Weg zur Lösung der Frage wird im wesentlichen der gleiche sein, wie bei Art.14 Abs.3 GG: Zunächst ist die Bedeutung des Art.19 Abs.1 und 2 GG überhaupt zu umreißen; sodann sind, nach einer Darstellung von Literatur und Rechtsprechung, die der Lösung des Problems dienenden Gedanken herauszustellen.

Zum Schluß soll auch die Bedeutung der Rechtswegklausel des Art.19 Abs.4 GG für vorkonstitutionelles Recht betrachtet werden.

A. Kurzer Überblick über die Bedeutung der Grundrechtseingriffserfordernisse des Artikels 19 Absätze 1 und 2 des Grundgesetzes überhaupt

Art.19 GG verlangt zunächst in seinem A b s . 1 S a t z 1, daß bei allen nach dem Grundgesetz durch oder auf Grund eines Gesetzes zulässigen Grundrechtseinschränkungen das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten muß. Außerdem muß nach A b s . 1 S a t z 2 das Grundrecht unter Angabe des Artikels in dem Gesetz genannt sein. Unter "Gesetz" ist dabei, wie heute allgemein anerkannt ist, nur das f ö r m l i c h e , auf dem ordentlichen, verfassungsmäßig vorgesehenen Gesetzgebungswege zustande gekommene Parlamentsgesetz zu verstehen. Dies gilt für Art.19 Abs.1 GG ebenso wie für Enteignungen nach Art.14 Abs.3 S.2 GG.²⁸¹⁾ Es ergibt

281) Es darf daher hier auf die Ausführungen zu Art.14 GG verwiesen werden, s.o.S. 7 ff ; vgl. ferner Anm.10 u.18

sich insbesondere daraus, daß das Wort "Gesetz" in Bezug auf Grundrechtseinschränkungen als terminus technicus mit der alleinigen Auslegungsmöglichkeit "förmliches Gesetz" zu verstehen ist, sowie aus der Entstehungsgeschichte des Art.19 Abs.1 GG.²⁸²⁾ Außerdem ergibt auch schon Art.19 Abs.1 S.2 GG, daß es sich bei Grundrechtseingriffen zumindest um eine positivrechtliche Norm handeln muß, da dies Zitiergebot nur von einer positivrechtlichen Norm erfüllt werden kann.²⁸³⁾ Grundrechtseinschränkungen bedürfen daher nach Art.19 Abs.1 GG in jedem Falle des förmlichen Gesetzes.

Die Vorschrift des Art.19 Abs.1 S.1 GG ist unmittelbar geltende Verfassungsvorschrift. Gesetze, die gegen sie verstoßen, sind daher ohne weiteres nichtig.²⁸⁴⁾

Für Art.19 Abs.1 S.2 ist es allerdings bestritten, ob es sich hier, worauf der Wortlaut hindeutet, um eine Mußvorschrift²⁸⁵⁾ oder, wofür Erwägungen der Praktikabilität sprechen, um eine bloße Sollvorschrift handelt.²⁸⁶⁾

282) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 III 3, S.546 f; WERNICKE, BK, Art.19, Erl.II 1 b, S.4; II 1 f, S.6; DÜRIG, JZ 1954 S.4-12 (S.7 Sp.2); derselbe, AöR Bd.79 S.57-86 (S.61 f); KRÜGER, DÖV 1955 S.597-602 (S.599 Sp.1); BLOMEYER-BARTENSTEIN S.18 f, S.24; SCHÖNE, DÖV 1954 S.552-556 (S.553 Sp.2); KÖTTGEN, DVBl 1955 S.445-450 (S.448 Sp.2); STEIN in ZINN-STEIN, Art.63, Anm.6 b, S.312; MAUNZ, Dt. Staatsrecht, § 15 I 2, S.109; JAHRREISS, NJW 1950 S.3-6 (S.3 Sp.2, Anm.4); zweifelnd NEBINGER, DÖV 1949 S.161-164 (S.163 Sp.1); vgl. ferner KOELLREUTTER, § 4,1, S.51 f; GIESE, GG, Art.19, Erl.3, S.42; HAAS, MDR 1951 S.650-653 (S.651); NAWIASKY, Grundgedanken, S.22 f; vgl. auch JöR n.F. Bd.1 S.178, S.180 (die ursprünglich vorgesehene Fassung "förmliches Gesetz" wurde später - wohl als überflüssig - gestrichen).
Vgl. im übrigen die hier in gleicher Weise zutreffenden Ausführungen zu Art.14 (S. 7 ff, insbes. auch Anm.18, 19)

283) So für den entsprechenden Fall des Art.14 Abs.3 S.2 GG WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.380 f

284) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 III 1 a, S.542

285) So RÖHL, AöR Bd.81 S.195-214 (S.213 f); STEIN in ZINN-STEIN, Art.63, 7, S.313; WERNICKE, BK, Art.19 Erl.II 1 e, S.5 f; KIEFERSAUER, JR 1952 S.81-90 (S.82)

286) So v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 IV 3, S.547 ff; ähnlich wohl auch schon v.MANGOLDT, Art.19, 3, S.120; BARELLA, NJW 1959 S.2291-2293 (S.2292 Sp.2); DÜRIG, AöR Bd.79 S.57-86 (S.61 Fußnote 13).
Auf das Problem kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht eingegangen werden.

Auch der A b s . 2 des Art.19 GG, der bestimmt, daß in keinem Fall der Wesensgehalt eines Grundrechtes angetastet werden darf, und der damit in bedeutsamer Weise die Vorschrift des Art.1 Abs.3 GG vervollständigt, ist unmittelbar geltendes Recht.²⁸⁷⁾

B. Die Bedeutung der Grundrechtseingriffserfordernisse des Artikels 19 Absätze 1 und 2 des Grundgesetzes für das vorkonstitutionelle Recht

Ähnlich wie bei Art.14 Abs.3 GG ist auch bei Art.19 Abs.1 und 2 GG zu fragen, inwieweit diese Grundrechtseingriffserfordernisse auch für das v o r k o n s t i t u t i o - n e l l e R e c h t gelten.

I. Begriff des vorkonstitutionellen Rechts

Der B e g r i f f d e s v o r k o n s t i t u t i o - n e l l e n R e c h t s wurde bereits oben²⁸⁸⁾ klarge- stellt. Vorkonstitutionell sind alle Gesetze, die vor dem Inkrafttreten des GG am 24.5.1949 in Kraft getreten sind. Gesetze aus der Zeit zwischen dem Inkrafttreten des GG und dem Zusammentritt des 1.Bundestages am 7.9.1949 sind nach- konstitutionell.

287) Vgl. KOELLREUTTER, § 4 S.51; auch BGH, Gutachten v.25. 1.1952 - VRG 5/51 - DÖV 1953 S.343-344 (S.343 f) = BGHSt 4 S.375-379

288) S.o.S.lo f (unter I)

Der Begriff des vorkonstitutionellen Rechts im Bereich des Art.19 Abs.1 kann kein anderer sein als bei Art.14 GG. Soweit Art.19 Abs.1 S.2 von der h.M. auch auf nach- konstitutionelle Neufassungen älterer Gesetze n i c h t angewandt wird, handelt es sich nicht um eine Modifika- tion des Begriffs des vorkonstitutionellen Rechts, son- dern um einen Fall der Unanwendbarkeit des sonst auf alle nachkonstitutionellen Gesetze anwendbaren Art.19 Abs.1 S.2 GG, also um eine echte Ausnahme.
Vgl. dazu unten S. 110 ff (unter e)).

II. Darstellung der zur Frage der Anwendbarkeit des Artikels 19 Absätze 1 und 2 des Grundgesetzes auf vorkonstitutionelles Recht bisher vertretenen Meinungen

Die Absätze 1 und 2 des Art.19 GG enthalten neue erhebliche Sicherungen des Einzelnen gegenüber dem Staat.²⁸⁹⁾ Bei allen vorkonstitutionellen Gesetzen, die diesen Anforderungen nicht genügen, ergibt sich heute das Problem, welchen Einfluß Art.19 GG auf sie erlangt hat.

1) Artikel 19 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes

Die Anwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S.1 GG auch auf vorkonstitutionelle Gesetze, die Grundrechte einschränken oder zu Grundrechtseinschränkungen ermächtigen, ist bisher wohl noch nicht bezweifelt worden.²⁹⁰⁾ Es wird davon ausgegangen, daß eine so elementare verfassungsrechtliche Bestimmung, die zum Wesen des Rechtsstaates gehöre und der Gewaltenteilung diene²⁹¹⁾ und als unmittelbare Spezifikation des Gleichheitssatzes anzusehen sei²⁹²⁾, ihrem Wesen nach auf a l l e nachkonstitutionellen Grundrechtseinschränkungen Anwendung finden müsse.²⁹³⁾ Nach WERNICKE²⁹⁴⁾ gilt die sachliche Gültigkeitsvoraussetzung des Art.19 Abs.1 S.1 GG deshalb für vorkonstitutionelles Recht, weil der Verfassungsgeber mit dieser Bestimmung den Zweck verfolgt habe, einen noch über Art.3 GG hinausgehenden Schutz insbesondere gegen jegliche Einzelaktsgesetzgebung zu gewähren.

289) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 II 2, S.540

290) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 III 4, S.547; WERNICKE, BK, Art.19, II. Erl.1 f 8, S.6

291) Hildegard KRÜGER, DVBl 1955 S.758-763 (S.760 Sp.2) u. S.791-796 (S.791 u. 796 insbes.Sp.2); v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 III 1, S.542

292) IPSEN in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.111-198 (S.142 u. 165 f)

293) Hildegard KRÜGER, DVBl 1955 S.760, S.791 u. 796; v. MANGOLDT-KLEIN, Art.19 III 1, S.542; vgl. auch IPSEN aaO (Anm.292)

294) WERNICKE, BK, Art.19 II. Erl.1 e 8, S.6

2) Artikel 19 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes

Für den S a t z 2 des Art.19 Abs.1 GG nimmt dagegen die fast einhellige Ansicht seine Unanwendbarkeit auf das vorkonstitutionelle Recht an.

Zwar ist ERNST WOLFF nach Inkrafttreten des GG zunächst davon ausgegangen, Art.19 Abs.1 S.2 GG müsse auch für vorkonstitutionelles Recht gelten²⁹⁵⁾, da etwas anderes nach seinem Wortlaut nicht angenommen werden könne. Diese Ansicht hat er jedoch, wenn auch zweifelnd, selbst bald aufgegeben.²⁹⁶⁾

Der B G H hat die Unanwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S.2 auf vorkonstitutionelles Recht in nicht ganz verständlicher Weise durch den Hinweis auf Art.125 GG zu begründen versucht.²⁹⁷⁾

A l s e n t s c h e i d e n d e s A r g u m e n t für die Unanwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S.2 auf vorkonstitutionelles Recht wird meist angeführt, es könne nicht Sinn und Wille des GG sein, eine Vielzahl vorkonstitutioneller Normen durch eine r e i n f o r m e l l - r e c h t l i c h e Bestimmung, wie es Art.19 Abs.1 S.2 sei, zu beseitigen.²⁹⁸⁾ Art.19 Abs.1 S.2 GG habe keine Rückwirkung.²⁹⁹⁾ Es sei für den Gesetzgeber nach Inkrafttreten des GG unmöglich gewesen, die andernfalls bei Inkrafttreten des Art.19 GG entstehenden Gesetzeslücken so schnell zu schließen, wie es für die Aufrechterhaltung eines geordneten Lebens in einer Gemeinschaft erforderlich gewesen wäre. Etwas derar-

295) In einem Vortrag bei Wiedererrichtung des Berliner Anwaltsvereins am 15.11.1950; zitiert nach E.WOLFF, JR 1950 S.737-740 (S.737, Anm.1, S.738 Anm.8)

296) E.WOLFF aaO S.738 Anm.8

297) BGH, Gutachten v.25.1.1952 - VRG 5/51 - DÖV 1953 S.343-344 (S.343 Sp.2) = BGHSt 4 S.375-379

298) E.WOLFF, JR 1950 S.738 f, Anm.8; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 IV 3 c, S.551; BACHOF, DVBl 1952 S.412-413 (S.413)

299) Vgl. z.B. STEIN in ZINN-STEIN, Art.63,8, S.313

tiges könne der Verfassungsgeber auch nicht gewollt haben.³⁰⁰⁾ Im übrigen habe der vorkonstitutionelle Gesetzgeber eine solche rein formelle Bestimmung wie Art.19 Abs.1 S.2 GG gar nicht erfüllen können³⁰¹⁾, und außerdem stünde die Beseitigung allen vorkonstitutionellen Rechts wegen Verstoßes gegen Art.19 Abs.1 S.2 GG in Widerspruch zu Art.123 Abs.1 GG, da dieser sonst zu einem bedeutenden Teile illusorisch sei.³⁰²⁾

Art.19 Abs.1 S.2 GG soll sogar auf nachkonstitutionelle grundrechtseinschränkende Gesetze dann nicht anwendbar sein, wenn diese "lediglich bereits geltende Grundrechtsbeschränkungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen"³⁰³⁾, ohne dabei die bisherige Eingriffsbefugnis zu erweitern. Denn Art.19 Abs.1 S.2 GG solle lediglich verhindern, daß neue, dem bisherigen Recht fremde Möglichkeiten des Eingriffs in Grundrechte geschaffen würden, ohne daß der Gesetzgeber sich darüber Rechenschaft lege und dies ausdrücklich zu erkennen gebe.³⁰⁴⁾ Nur wenn die neue, früheres Recht ändernde Norm eine

300) BGH, Beschl.v.4.2.1952 - IV ZB 79/51 - VwRspr Bd.4 S.548-551 (S.550 f); BGH, Urt.in Strafsachen v.31.3.1953 - 1 StR 670/52 - BGHSt 4 S.161-166 (S.166); vgl. auch BVerwG, Urt.v.26.3.1955 - 1 C 101/53 - DVBl 1955 S.638-640 (S.638)

301) V.MANGOLDT, Art.19,3.,S.120; E.WOLFF, JR 1950 S.738 f Anm.8; POHLE, MDR 1950 S.642-646 (S.645 Sp.2); BLO-MEYER-BARTENSTEIN, S.23; OVG Lüneburg, Urt.v.18.5.1955 - IV OVG A 183/54 - (nicht rechtskräftig), DVBl 1955 S.539-540 (S.540); vgl. auch RÖHL, AöR Bd.81 S.208 f unter V; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 IV 3 c, S.550

302) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 IV 3 c, S.551

303) BVerfG, Beschl.v.25.5.1956 - 1 BvR 190/55 - BVerfGE 5 S.13-17 (Leitsatz und S.16 f); E.WOLFF, JR 1950 S.738 f, Anm.8; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 IV 3 d, S.551; POHLE, MDR 1950 S.645 Sp.2; STEIN in ZINN-STEIN, Art.63, 6 c, Abs.4, S.313; MAUNZ, Dt.Staatsrecht, § 15 I 2, S.109; vgl. auch BVerfG, Beschl.v.10.2.1953 - 1 BvR 787/52 - BVerfGE 2 S.121-123 (S.122 f)

304) BVerfG, Beschl.v.25.5.1956 (siehe vorige Anm.), BVerfGE 5 S.16 f

selbständige Grundrechtseinschränkung enthalte, sei demnach die Zitierung des Grundrechtes notwendig.³⁰⁵⁾

Diese Frage war insbesondere bei den Rechtsvereinheitlichungsgesetzen zum Zivil- und zum Strafverfahrensrecht akut geworden. Denn dort wurden die altrechtlichen, im Zivil- und im Strafprozeß vorhandenen Einschränkungsmöglichkeiten für einzelne Grundrechte übernommen, z.T. geringfügig geändert, ohne daß in den betr. Vereinheitlichungsgesetzen jemals dem Zitiergebot des Art.19 Abs.1 S.2 GG genügt worden wäre. Schon ERNST WOLFF hatte hier 1950 die Ansicht vertreten³⁰⁶⁾, daß durch die Vereinheitlichungsgesetze nicht die ZPO, das GVG und die StPO in ihrer Gesamtheit neu geworden seien und daß man daher nicht sagen könne, daß sie ein Grundrecht i.S. des Art.19 Abs.1 S.2 GG e i n - s c h r ä n k t e n.

Diese Auffassung insbes. des BVerfG ist allerdings teilweise auf Widerspruch gestoßen³⁰⁷⁾; Auch sonst unterwerfe die Rspr mit Recht z.B. verlängerte oder inhaltlich nur wenig geänderte Gesetze den strengen Formvorschriften des GG, wenn es sich etwa um die Zustimmung des Bundesrates oder die Einhaltung der Artt.19 Abs.1 S.2 oder 3 Abs.2 GG handle³⁰⁸⁾ oder um die Frage der Bedeutung des Art.80 GG für vorkonstitutionelles Recht.³⁰⁹⁾ Wenn schon das vorkonstitutionelle Recht von Art.19 Abs.1 S.2 GG ausgenommen werde, dürfe diese Ausnahme keinesfalls gegen den klaren Gesetzeswortlaut auf "vorkonstitutives", d.h. in seinem rechtlichen Gehalt aus vorkonstitutioneller Zeit stammendes Recht aus-

305) STEIN in ZINN-STEIN, Art.63,6 c, Abs.4, S.313

306) E.WOLFF, JR 1950 S.738 f, Fußnote 8

307) Hildegard KRÜGER, DVBl 1956 S.711 f; FORSTHOFF, DÖV 1956 S.513-517 (S.514); HENRICHS, FamRZ 1956 S.274 f

308) Hildegard KRÜGER, aaO S.712

309) OVG Hamburg, Urt.v.7.11.1952 - Bf I 415/52 - MDR 1953 S.185-187

gedehnt werden.³¹⁰⁾ Art.19 Abs.1 S.2 GG wolle gerade auch bei nachkonstitutionellen Neufassungen die erhöhte Aufmerksamkeit des Gesetzgebers gewährleisten.³¹¹⁾

Ebensowenig soll nach STEIN³¹²⁾ Art.19 Abs.1 S.2 dann anwendbar sein, wenn durch ein sog. Verlängerungsgesetz die zeitliche Geltungsdauer eines vorkonstitutionellen Gesetzes (nachkonstitutionell) verlängert werde.

3) Muß das vorkonstitutionelle Gesetz förmlich sein ?

Die eigentlich bestrittene Frage beim Problem der Anwendbarkeit des Art.19 Abs.1 GG auf das vorkonstitutionelle Recht ist, ob das aus Art.19 Abs.1 zu folgernde Erfordernis des f ö r m l i c h e n Gesetzes³¹³⁾ auch für vorkonstitutionelle Gesetze gilt.

V.MANGOLDT, der das Erfordernis des förmlichen Gesetzes allein aus Art.19 Abs.1 S.2 entnimmt, will wie den ganzen Abs.1 S.2 so auch das Gebot des förmlichen Gesetzes n i c h t auf vorkonstitutionelles Recht anwenden.³¹⁴⁾

Nur auf Grund n e u e n Gewohnheitsrechts und Satzungsrechts könne daher nicht mehr in Grundrechte eingegriffen werden. Bei allen vor dem Inkrafttreten des GG in Kraft ge-

310) FORSTHOFF, DÖV 1956 S.514: Nach der Auffassung des BVerfG hätten die gesamten nachkonstitutionellen Polizeigesetze ohne Einhaltung des Art.19 Abs.1 S.2 GG ergehen können, da sie nur bestehende Grundrechtseinschränkungen teils unverändert, teils mit geringen Abweichungen wiederholten.

311) HENRICHS, FamRZ 1956 S.275

312) STEIN in ZINN-STEIN, Art.63,6 c,Abs.4,S.313

313) S.o.S. 8 f,S.7 ff

314) V.MANGOLDT, Art.19,3.,S.120; gebilligt von POHLE, MDR 1950 S.645 Sp.2; ebenso auch KRACHT, DVBl 1950 S.517-520 (S.520,Anm11) für den entsprechenden Fall des Art.104 GG; SCHNEIDER, DVBl 1951 S.776; OLG Stuttgart, Urt. v.31.8.1951 - SS 104/51 - NJW 1951 S.854 f mit zustimmender Anmerkung von KOHLHAAS; ebenso auch NEBINGER, Polizeirecht, 1954,S.16 unter II 2 und schon Polizeirecht,1951,S.14 f unter 2 b; BGH, Urt.in Strafsachen v.31.3.1953 - 1 StR 670/52 - BGHSt 4 S.161-166 (S.166)

tretenen Normen mit Ermächtigungen zu Grundrechtseingriffen habe dieser Grundsatz gar nicht erfüllt werden können. Auch könne nicht angenommen werden, der Verfassungsgeber habe solche Normen deshalb mit einem Strich beseitigen wollen. Daher müßten, soweit in der Vergangenheit Eingriffe auf Gewohnheitsrecht gestützt werden konnten, wie insbes. im Polizeirecht, auch heute noch die betreffenden Gewohnheitsrechtsnormen als gültig angesehen werden.³¹⁵⁾

Zu dem gleichen Ergebnis ist der W ü r t t . - B a d - V e r w G H gelangt.³¹⁶⁾ Art.19 Abs.1 GG beschränke sich darauf zu regeln, wie in Zukunft Eingriffe in Grundrechte zu ermöglichen seien, besage aber nichts über die Unzulässigkeit von Eingriffen auf Grund geltenden Gewohnheitsrechts.³¹⁷⁾ Außerdem gelte der Satz, Grundrechtseinschränkungen seien nur und allein durch förmliches Gesetz möglich, nicht so absolut, wie es meist behauptet werde. So ergäben sich z.B. bei Art.2 Abs.1 GG Beschränkungsmöglichkeiten der Grundrechte durch das Sittengesetz. Auch durch Besatzungsrecht bzw. Anordnung der Besatzungsmacht seien Beschränkungen der Grundrechte o h n e förmliches Gesetz möglich (gewesen).³¹⁸⁾ Da somit Eingriffe in die Grundrechte nicht in allen Fällen nur durch förmliches Gesetz erfolgen könnten, bestehe auch kein zwingender Grund, das vorkonstitutionelle Gewohnheitsrecht, also insbes. in Süddeutschland den allgemeinen Polizeibegriff, als Grundlage für Grundrechtseinschränkungen auszuschneiden. Wenn der Gesetzgeber alles vorkonstitutionelle, grundrechtseinschränkende Gewohnheitsrecht hätte ausschalten wollen, so hätte er dies daher nach Ansicht des VerwGH im GG, u.zw. im Grund-

315) V.MANGOLDT, Art.19,3.,S.120; zustimmend POHLE, MDR 1950 S.645 Sp.2

316) Württ.-BadVerwGH, Urt.v.18.2.1952 - 2 S - 241/51 - DÖV 1952 S.279-284 (S.282 ff) mit zustimmender Anmerkung von BREUNINGER, S.284. Ebenso OLG Stuttgart, Urt. v.31.8.1951 - SS 104/51 - NJW 1951 S.854 f mit zustimmender Anmerkung von KOHLHAAS; ferner NEBINGER, Polizeirecht 1954 S.16 unter II 2

317) Württ.-BadVerwGH aaO, S.283 Sp.1

318) Württ.-BadVerwGH aaO

rechtskatalog oder in Art.123, ausdrücklich bestimmen müssen, oder es müßte sich wenigstens ganz eindeutig aus den Bestimmungen des GG ergeben.³¹⁹⁾

BREUNINGER³²⁰⁾, der sich diesem Ergebnis in seiner Anmerkung zum Urteil des VerwGH anschließt, muß allerdings selbst zugeben, daß diese Argumentation, wenn auch ihrem Ziel zuzustimmen sei, dennoch nicht ganz schlüssig, voll befriedigend und allgemeingültig sei.

Das B V e r w G³²¹⁾ ist ohne nähere Begründung von der Weitergeltung auch nicht förmlicher vorkonstitutioneller Gesetze ausgegangen, sofern nur den sonstigen Anforderungen des GG entsprochen ist.

Auch der B G H ist von der Fortgeltung des das Grundrecht des Art.8 Abs.2 GG einschränkenden § 5 der Straßenverkehrsordnung ausgegangen, obwohl er keinen förmlichen Gesetzesrang innehatte.³²²⁾ Es müsse dem Gesetzgeber verbleiben, auf früherem Recht beruhende Grundrechtseinschränkungen, soweit sie nicht etwa offensichtlich dem Geist des GG widersprächen und deshalb von selbst außer Kraft getreten seien, zu prüfen und, wenn nötig, zu beseitigen. Die Rechtslücke, die sich bei entgegengesetzter Auslegung des Grundgesetzes ergebe, sei sonst geeignet, die öffentliche Ordnung zu gefährden.

Demgegenüber vertritt WERNICKE die Ansicht³²³⁾, daß auch das frühere Recht f o r m e l l e s Gesetz sein müsse, wenn es überhaupt für eine Fortgeltung nach Art.123 Abs.1 GG in Frage kommen solle. Die Auslegung "Gesetz" gleich "förmliches Gesetz", die bei Art.19 Abs.1 geboten sei, er-

319) Württ.-BadVerwGH aaO

320) BREUNINGER, DÖV 1952 S.284

321) BVerwG, Urt.v.3.11.1955 - BVerwG I C 15/53 - BVerwGE 2 S.295-302 (S.295 f); vgl. auch insbes.das Urteil v.13.3.1957 - BVerwG V C 26/56 - BVerwG 4 S.332-338 (S.334 f)

322) BGH, Urt.in Strafsachen v.31.3.1953 - 1 StR 670/52 - BGHSt 4 S.161-166 (S.166)

323) WERNICKE, BK, Art.19, II. Erl.1 f §, S.6

gebe sich nicht, wie v.MANGOLDT behaupte³²⁴⁾, aus dem (auf vorkonstitutionelles Recht nicht anwendbaren) Art.19 Abs.1 S.2 GG, sondern aus der Tatsache, daß "Gesetz" im Grundrechtskatalog die Bedeutung eines terminus technicus habe. Grundrechtseinschränkungen seien daher nach dem klaren Wortlaut des Art.123 Abs.1 GG nach Inkrafttreten des GG auch auf Grund vorkonstitutioneller, n i c h t förmlicher Gesetze nicht mehr möglich.³²⁵⁾

Auch nach HOLTKOTTEN³²⁶⁾ stehen alle zu Eingriffen in Grundrechte ermächtigenden Normen früheren Rechts, die nicht formelles Gesetzesrecht sind, also insbes. alle früheren Gewohnheitsrechtsnormen des Polizeirechts, im Widerspruch zum GG. Darüber hinaus kämen für eine Fortgeltung auch alle e i n g r i f f s e r m ä c h t i g e n d e n G e s e t z e d e r N S - Z e i t nicht mehr in Frage, da in dem Verfassungskonglomerat des sog. Dritten Reiches der Begriff des formellen Gesetzes seinen Sinn verloren habe, nachdem Gesetzgebung und vollziehende Gewalt in der Hand des Führers vereinigt worden seien³²⁷⁾ und damit für formelle, d.h. vom Volke oder einer gewählten Volksvertretung beschlossene, Gesetze kein Raum mehr gewesen sei.³²⁸⁾ Umgekehrt will das B V e r w G³²⁹⁾, da die Unterscheidung zwischen formellem und nur materiellem Gesetz im Dritten Reich sinnlos geworden sei, nicht nur das formelle, sondern auch alles materielle Recht aus dieser Zeit weiterbestehen

324) V.MANGOLDT, Art.19,3.,S.120

325) So auch BLOMEYER-BARTENSTEIN, S.19 u. 24

326) HOLTKOTTEN, BK, Art.123, II. Erl. zu Abs.1, 6, Abs.2, S.9; auch KLEIN (v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 III 3 und 4, S.546 f) scheint davon auszugehen, daß der Grundsatz des förmlichen Gesetzes auch für vorkonstitutionelles Recht gelten müsse, da er bei der Erläuterung des Art.19 Abs.1 S.1 GG ein förmliches Gesetz verlangt und dann unmittelbar darauf ohne jede Einschränkung die Anwendbarkeit dieses gesamten Abs.1 S.1 auch auf vorkonstitutionelles Recht annimmt.

327) HUBER, Verfassungsrecht S.246 f

328) HOLTKOTTEN, BK, Art.123, II. Erl. zu Abs.1, 6, Abs.2, S.9 f; vgl. auch oben S. 64 ff.

329) S.o.Anm.221

lassen, sofern es nur dem materiellen, geltenden Verfassungsrecht entspricht.

4) Artikel 19 Absatz 2 des Grundgesetzes

Für die Substanzgarantie des Art.19 Abs.2 GG geht KLEIN³³⁰⁾ unter Berufung auf ein Gutachten des BGH³³¹⁾ davon aus, daß dieser Abs.2 nur auf nach dem Inkrafttreten des GG ergangene Gesetze anwendbar sei.

Auch das O V G H a m b u r g hat die Behauptung aufgestellt, Art.19 Abs.2 GG gelte nicht für das vorkonstitutionelle Recht.³³²⁾

Im übrigen hat jedoch die Rechtsprechung, ohne auf irgendwelchen Widerspruch zu stoßen, stets auch vorkonstitutionelles Recht am Maßstab des Art.19 Abs.2 gemessen, wobei offenbar davon ausgegangen wurde, die Anwendung des Abs.2 auf vorkonstitutionelles Recht sei selbstverständlich³³³⁾, denn nirgends findet sich eine Begründung dafür.

Der BGH scheint sogar vom überpositiven Rang der in Art.19 Abs.2 GG enthaltenen Substanzgarantie der Grundrechte auszugehen³³⁴⁾, so daß der Gedanke des Art.19 Abs.2 GG dann ausnahmslos (und zu jeder Zeit) Gültigkeit gehabt haben müßte.

330) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19, V 8, S.566

331) BGH, Gutachten v.25.1.1952 - VRG 5/51 - DÖV 1953 S.343-344 = BGHSt 4 S.375-379

332) OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.700-702 (S.701))

333) Vgl. die Urteile des BVerwG v.15.12.1953 - BVerwG I C 90/53 - BVerwGE 1 S.48-54; v.10.3.1954 - BVerwG I C 5/53 - BVerwGE 1 S.92-97; v.30.11.1954 - I C 148/53 - DÖV 1955 S.344 f; v.14.12.1954 - BVerwG I C 24/54 - BVerwGE 1 S.269-281; v.10.5.1955 - BVerwG I C 121/53 - BVerwGE 2 S.85-89 (S.87 f); v.10.5.1955 - BVerwG I C 143/53 - BVerwGE 2 S.89-95 (S.90 ff); ferner OVG Lüneburg, Urt.v.18.5.1955 - IV OVG A 183/54 - (nicht rechtskräftig), DVBl 1955 S.539-540 (S.540); auch im Gutachten des BGH v.25.1.1952 (s.o. Anm.331) wird ohne nähere Begründung das vorkonstitutionelle Impfgesetz auf seine Vereinbarkeit mit Art.19 Abs.2 GG geprüft. Vgl. auch DÜRIG, AöR Bd.79 S.62

334) BGH, Beschl.des GrSZ v.10.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295 (S.275)

III. Stellungnahme und Lösung

Ähnlich wie bei den durch Art.14 Abs.3 GG aufgestellten Ent-
eignungserfordernissen muß auch bei Art.19 GG die Frage auf-
geworfen werden, inwieweit die durch das GG statuierten An-
forderungen für durch oder auf Grund eines Gesetzes erfol-
gende Eingriffe in Freiheitsrechte des Einzelnen auch auf
vorkonstitutionelle Gesetze anwendbar sind, die sich mit
solchen Eingriffen befassen. Handelte es sich bei Art.14
Abs.3 GG um Eingriffe in das **E i g e n t u m s** freiheits-
recht des Einzelnen³³⁵⁾, so geht es in Art.19 Abs.1 und 2
um die Erfordernisse für Eingriffe in Grundrechte über-
haupt.³³⁶⁾ Es handelt sich daher in beiden Fällen um ein
ähnliches Problem, nur ist wegen der Verschiedenheit der
in Art.14 Abs.3 und 19 Abs.1 und 2 aufgestellten Erforder-
nisse der Blickwinkel ein anderer.³³⁷⁾ Es wird sich daher
zeigen, daß in wesentlichen Punkten auf die bei der Frage
der Anwendbarkeit des Art.14 Abs.3 GG auf das vorkonstitu-
tionelle Recht entwickelten Gedanken zurückgegriffen wer-
den kann.

1) Die Bedeutung des Artikels 19 Absatz 1 des Grund- gesetzes für vorkonstitutionelles Recht

Von Art.19 Abs.1 S.1 GG wird allgemein angenommen, daß er
auch für vorkonstitutionelles Recht gelte, während Art.19
Abs.1 S.2 nach heute wohl unbestrittener Meinung unanwend-
bar sein soll. Worauf beruht eine solch unterschiedliche
Beurteilung dieser beiden Verfassungssätze ?

335) Vgl.v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 II 6, S.415

336) Es kann hier nicht auf die recht problematische Frage
des Verhältnisses des Art.19 Abs.1 und 2 zu Art.14 Abs.
3 GG eingegangen werden. Art.14 Abs.3 GG kann jeden-
falls nicht ohne weiteres als *lex specialis* gegenüber
Art.19 Abs.1 und 2, die den Art.19 Abs.1 und 2 für die-
sen speziellen Grundrechtseingriff in toto ausschließen
würde, angesehen werden. Vgl. zu diesen sehr bestritten-
nen Fragen v.MANGOLDT-KLEIN, Art.14 VII 7 d-f, S.447 f;
WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER S.369; HAAS, MDR 1951
S.652; MAUNZ, Dt.Staatsrecht, § 15, I 2, S.109

337) Da die Art.14 Abs.3 und 19 Abs.1 u. 2 GG nicht ohne wei-
teres im Verhältnis Spezialnorm - generelle Norm zuein-
ander stehen, war es jedoch gerechtfertigt, mit Art.14
Abs.3 zu beginnen und erst dann die Erörterungen über
Art.19 Abs.1 und 2 folgen zu lassen.

a) Kritische Betrachtung von Schrifttum und Rechtsprechung

Die in der Regel vorgebrachte Erwägung, daß bei Anwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S a t z 2 GG auf vorkonstitutionelles Recht ganze Normenkomplexe beseitigt werden könnten, weshalb seine Anwendung auf vorkonstitutionelles Recht abzulehnen sei, da etwas derartiges nicht Wille des Verfassungsgebers gewesen sein könne³³⁸⁾, ist als reine Zweckmäßigkeitserwägung zwar ein starkes Indiz für die Richtigkeit dieser Auffassung, für sich allein aber nicht zwingend, denn der Verfassungsgeber kann jedenfalls auch unzumutbare Normen setzen.³³⁹⁾

Auch die Erwägung, der vorkonstitutionelle Gesetzgeber habe Art.19 Abs.1 S.2 GG nicht erfüllen k ö n n e n ³⁴⁰⁾, ist nicht schlechthin überzeugend. Bei Änderungen von Bundesrecht wird z.B. entgegenstehendes Landesrecht hinfällig, obwohl auch hier der vor Erlass des Bundesgesetzes tätig gewordene Landesgesetzgeber das spätere Bundesgesetz nicht kennen und daher dessen Voraussetzungen nicht erfüllen konnte. Dennoch wird niemand sagen können, daß etwa deshalb das frühere Landesrecht wirksam bleiben müsse.

Auch die Argumentation aus Art.123 Abs.1 GG³⁴¹⁾ spricht zwar als Indiz für die Unanwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S.2 auf vorkonstitutionelles Recht, ist aber ebenfalls nicht unbedingt zwingend. Denn Art.123 Abs.1 GG bliebe durchaus auch bei Anwendung des Art.19 Abs.1 S.2 auf vorkonstitutionelles Recht sinnvoll und auf weiten Gebieten von Bedeutung, da n u r grundrechtseinschränkende Normen mit Inkrafttreten des GG weggefallen wären.

338) S.o.Anm.298 u.300.

339) Erst wenn eine Norm so unzumutbar wird, daß sie unpraktikabel wird, vermag diese Unzumutbarkeit u.U. zur Unanwendbarkeit zu führen. Das wird allerdings für Art.19 Abs.1 S.2 teilweise behauptet. S.o.Anm.286.

340) S.o. die in Anm.301 Zitierten

341) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 IV 3 c, S.551; vgl. oben S. 90 ,1.Absatz.

Die Behauptung des B G H ³⁴²⁾, die Unanwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S.2 auf vorkonstitutionelles Recht ergebe sich aus Art.125 GG, bedarf kaum eines näheren Eingehens. Denn Art.125 GG regelt eine andere Frage, nämlich das Schicksal vorkonstitutionellen Rechts, das Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes betrifft. Aus ihm kann über die Anwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S.2 auf vorkonstitutionelles Recht nichts entnommen werden.³⁴³⁾

Die f ü r die Anwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S a t z 1 GG auf vorkonstitutionelles Recht angeführten Gründe³⁴⁴⁾ klingen sehr überzeugend und sind kaum angreifbar.

Es wird sich zeigen, daß auch aus anderen, grundsätzlichen Erwägungen heraus die Frage nach der Anwendbarkeit des Art.19 Abs.1 Satz 1 und 2 GG auf vorkonstitutionelles Recht klar zu beantworten ist.

b) Wortauslegung des Artikels 19 Absatz 1 des Grundgesetzes; Entstehungsgeschichte

Aus dem Wortlaut des Art.19 Abs.1 ist, ähnlich wie schon bei Art.14 Abs.3³⁴⁵⁾, für die Frage seiner Anwendbarkeit auf vorkonstitutionelle Gesetze nichts zu entnehmen. Die Fassung des Abs.1 S.1, an den sich S.2 anschließt: "So weit n a c h d i e s e m G r u n d g e s e t z ein Grundrecht ... eingeschränkt werden kann", deutet sogar fast auf eine Anwendbarkeit nur auf nachkonstitutionelles Recht hin³⁴⁶⁾, ohne daß jedoch diese Auslegung als zwingend erscheint. Es handelt sich hier vielmehr in Bezug auf die hier zur Erörterung stehende Frage um eine mehr zufällige Formulierung, denn das Problem der Anwendbarkeit

342) BGH, Gutachten v.25.1.1952 - VRG 5/51 - DÖV 1953 S.343-344 (S.343 Sp.2) = BGHSt 4 S.275-379

343) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 IV 3 c, S.550

344) S.o.S. 88 unter 1)

345) S.o.S.31 unter b)

346) Ohne daß dabei die Wendung "nach diesem Grundgesetz" zeitlich verstanden werden darf.

des Art.19 auf vorkonstitutionelles Recht ist bei seiner Entstehungsgeschichte vom Verfassungsgeber gar nicht gesehen, zumindest nicht erörtert worden.³⁴⁷⁾ Daher ist auch die Entstehungsgeschichte für die hier interessierende Frage unergiebig.

- c) Der Sinn des Artikels 19 Absatz 1 des Grundgesetzes; unterschiedliche Bewertung materiell-rechtlicher und nur formaler Erfordernisse

Ähnlich wie schon bei der Junktimklausel des Art.14 Abs.3 GG geht es auch bei Art.19 Abs.1 (und 2) GG wieder um die Frage, inwieweit vorkonstitutionelle Gesetze den Anforderungen des späteren Grundgesetzes entsprechen müssen, um gültig fortzubestehen.³⁴⁸⁾

Ausgangspunkt ist daher wiederum Art.123 Abs.1 GG: Vorkonstitutionelles Recht gilt nur insoweit fort, als es dem GG nicht widerspricht. Diese Vorschrift kann nur den materiell-rechtlichen Widerspruch zum GG meinen. Denn rein formell-rechtliche Verfahrensnormen bzw. Normen, die bestimmte rein formelle Erfordernisse für Gesetze aufstellen, können, sofern sie keine Rückwirkung haben, erst für künftige Gesetzgebungsakte Gültigkeit erlangen³⁴⁹⁾, da erst bei diesen überhaupt die Möglichkeit besteht, die Form einzuhalten. Wenn von einem vorkonstitutionellen Gesetz die Einhaltung einer bestimmten, im GG vorgeschriebenen Form (z.B. die Einhaltung der Artt.76-78 GG) verlangt würde, so würde damit nachträglich der vorkonstitutionelle Gesetzgeber mit einer Pflicht, die Form einzuhalten, belastet.³⁵⁰⁾ Es würde sich dabei um

347) Vgl. JöR n.F.Bd.1 S.176-180, ferner PR,Verhandlungen des HA,S.591

348) Siehe schon oben S.97 f (unter III)

349) Vgl. dazu die ausführlichen Darlegungen oben auf S.34 ff (S.36 ff).

Vgl. zur Unterscheidung zwischen formell (-technischen) und materiell (-sachlichen) Rechtsänderungen auch STEIN in ZINN-STEIN,Art.63,6 c,Abs.3 u. 4,S.313.

Vgl. ferner oben, Anm.116,117 und insbes.HAAS,System S.30

350) HAAS, System S.30: Auf dem Umwege über Art.123 Abs.1 GG ist keine Rückwirkung formaler Verfahrenserfordernisse auf den vorkonstitutionellen Gesetzgeber zulässig. S.o.Anm.116,117

einen Fall von echter Rückwirkung handeln.³⁵¹⁾ Sofern eine solche Rückwirkung nicht ausdrücklich angeordnet ist, gilt daher der Grundsatz, daß nach Inkrafttreten neuer, formaler (Verfahrens)Normen die Gültigkeit vor Inkrafttreten dieser Normen liegender Akte nicht auf Grund der neuen Normen in Zweifel gezogen werden kann.³⁵²⁾ Bei Neueinführung formeller Erfordernisse für G e s e t z e werden deshalb von den neuen Formvorschriften grundsätzlich nur die nach Erlass dieser neuen Vorschriften ergehenden Gesetze erfaßt.

Der Neuerlass von materiell-rechtlichen Verfassungsnormen, die eigenen Rechtsgehalt haben, gestaltet dagegen mit unmittelbarer Wirkung die materielle Rechtslage.³⁵³⁾ Der Vollzug eines vorkonstitutionellen Gesetzes kann nach Erlass der neuen Verfassungsnorm mit deren rechtlichem Gehalt im Widerspruch stehen, ohne daß dies irgendetwas mit einer Rückwirkung der betreffenden neuen Verfassungsbestimmung zu tun hätte. Diese Wirkung materiell-rechtlicher Normen, unmittelbar auch in bereits bestehende Rechtsverhältnisse einzugreifen und sie materiell-rechtlich abzuändern, ist der Normalfall und wird als u n e c h t e Rückwirkung (die n i c h t s mit echter Rückwirkung zu tun hat) bezeichnet.³⁵⁴⁾

d) Die sich ergebenden Folgerungen für die Bewertung des vorkonstitutionellen Rechts im Rahmen des Artikels 19 Absatz 1 des Grundgesetzes

Art.19 Abs.1 GG enthält, wie schon Art.14 Abs.3, materiell-rechtliche Erfordernisse und solche von bloß formellem Rang.

351) Vgl. auch DOG, Beschl.v.13.4.1950 - I S 31/49 - DVBl 1950 S.760-762 (S.761 f)

352) S.o.S. 37 (2.Absatz) zu u. in Anm.118; daher werden auch bei Artt.80 Abs.1, 84 Abs.1 GG die f o r m e l - l e n Erfordernisse nicht auf vorkonstitutionelles Recht angewandt. Vgl. dazu die in Anm.118 Zitierten, insbes. auch HAAS, System S.30

353) S.o.S. 36(1. Absatz)

354) S.o.S. 36 zu u. in Anm.115

Zunächst soll die Vorschrift des Art.19 Abs.1 S.2 betrachtet werden, da diese am klarsten und am einfachsten überschaubar ist.

aa) Artikel 19 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes

Satz 2 des Art.19 Abs.1 GG stellt für grundrechtseinschränkende Gesetze die Forderung auf, das Grundrecht unter Angabe des Artikels zu nennen. Art.19 Abs.1 S.2 dient damit dem formalen Schutz, der formalen Sicherung der Grundrechte.³⁵⁵⁾ Der Gesetzgeber soll sich bei Grundrechtseingriffen in jedem Falle seines Eingriffs bewußt werden.³⁵⁶⁾ Stillschweigende und dadurch u.U. leichtfertige Grundrechtseingriffe sollen vermieden werden. Eingriffe in Grundrechte überhaupt sollen unter Geltung des GG immer Ausnahme und etwas Außergewöhnliches bleiben.³⁵⁷⁾ Art.19 Abs.1 S.2 erreicht dies Ziel durch strenge Formalisierung der Grundrechtseingriffe; er ist damit eine rein formell-rechtliche Norm ohne jeden eigenen materiellen Rechtsgehalt.³⁵⁸⁾ Da Art.19 Abs.1

355) WERNICKE, BK, Art.19, II, Erl.1 e, S.5 f

356) RÖHL, AöR Bd.81 S.195 f; BARELLA, NJW 1959 S.2292 Sp.2

357) WERNICKE aaO (Anm.355); auch BGH, Gutachten (s.oben Anm.342), DÖV 1953 S.343 Sp.2, S.344

Die Frage, ob dabei der Verfassungsgeber in seiner Formalisierung der Grundrechtseingriffe nicht zu weit gegangen ist und ob Art.19 Abs.1 S.2 in seiner vollen Strenge überhaupt noch praktikabel ist oder ob er etwa wegen Unpraktikabilität nur als Sollvorschrift anzusehen ist, kann im hier gesteckten Rahmen nicht entschieden werden.

Vgl. dazu v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 IV 3, S.547 ff; ferner oben S.86 (Absatz 3) und die in Anm.285, 286 Zitierten.

358) E.WOLFF, JR 1950 S.738 Sp.2; RÖHL, AöR Bd.81 S.195; POHLE, MDR 1950 S.645 Sp.2; STEIN in ZINN-STEIN, Art. 63, 6 c, insbes. auch 7, S.313; WERNICKE, BK, Art.19, II, Erl.1 f 8, S.6 f; KIEFERSAUER, JR 1952 S.81-90 (S.82); HAAS, System S.30; BVerfG, Beschl.v.10.2.1953 - 1 BvR 787/52 - BVerfGE 2 S.121-123 (S.122 f); BGH, Beschl.v.4.2.1952 - IV ZB 79/51 - VwRspr Bd.4 S.548-551 (S.550); OVG Lüneburg, Urt.v.18.5.1955 - IV OVG A 183/54 - (nicht rechtskräftig), DVBl 1955 S.539-540 Sp.1)

S.2 ein Formerfordernis für den (in Grundrechte eingreifenden) Gesetzgeber aufstellt, muß er in seiner Geltung auf den nachkonstitutionellen Gesetzgeber und damit auf nachkonstitutionelle Gesetze beschränkt bleiben. Gegenüber dieser Erwägung fällt der allgemein gefaßte Wortlaut des Art.19 Abs.1 nicht ins Gewicht, da nicht der grammatische Wortlaut, sondern der (im Wortlaut zum Ausdruck gelangte) Sinn einer Vorschrift für ihre Auslegung bestimmend ist.³⁵⁹⁾ Dieser Sinn erschöpft sich aber darin, den Gesetzgeber zur Einhaltung bestimmter Formen zu zwingen (um dadurch eine wirksame Sicherung der Grundrechte zu erreichen), und gilt mangels Rückwirkung nur für den nachkonstitutionellen Gesetzgeber und folglich nur für nachkonstitutionelle Gesetze.³⁶⁰⁾

Art.19 Abs.1 S.2 ~~GG ist~~ daher auf vorkonstitutionelle Gesetze heute unanwendbar; es können weiterhin trotz Nichteinhaltung des Art.19 Abs.2 Grundrechtseingriffe auf sie gestützt werden.

Zu diesem Ergebnis bedarf es gar nicht der Begründung, der vorkonstitutionelle Gesetzgeber habe Art.19 Abs.1

359) MAUNZ, Dt.Staatsrecht § 9 II 4, S.50; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 54

360) S.o.Anm.350 und 116; ferner HAAS, System S.30. Zum gleichen Ergebnis gelangt die h.M.: E.WOLFF, JR 1950 S.738 f, Anm.8; WERNICKE, BK, Art.19, II. Erl.1 f 3, S.6 f; v.MANGOLDT, Art.19, 3, S.120; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 IV 3 c, S.550 f; POHLE, MDR 1950 S.645 Sp.2; MAUNZ, Dt.Staatsrecht, § 15 I 2, S.109; RÖHL, AöR Bd. 81 S.208 f; BLOMEYER-BARTENSTEIN, S.23 f; BVerfG, Beschl.v.10.2.1953 - 1 BvR 787/52 - BVerfG 2 S.121-123 (S.122 f); Beschl.v.25.5.1956 - 1 BvR 190/55 - BVerfGE 5 S.13-17 (S.16); BVerwG, Urt.v.26.3.1955 - 1 C 101/53 - DVBl 1955 S.638-640 (S.638 Sp.2); BGH, Beschl.v.4.2.1952 - IV ZB 79/51 - VwRspr Bd.4 S.548-551 (S.550 f); BGH, Urt. in Strafsachen v.31.3.1953 - 1 StR 670/52 - BGHSt 4 S.161-166 (S.166); BGH, Gutachten v.25.1.1952 - VRG 5/51 - DÖV 1953 S.343-344 (S.343 Sp.2), der allerdings mit Art.125 GG begründet; ferner OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.701 f); OVG Lüneburg, Urt. v.18.5.1955 - IV OVG A 183/54 - (nicht rechtskräftig), DVBl 1955 S.539-540 (S.540); OLG Braunschweig, Urt. v.9.5.1952 - Ss 29/52 - DVBl 1952 S.533 f (S.533 Sp.2, S.534)

S.2 nicht erfüllen k ö n n e n ³⁶¹⁾ oder es entstünden bei Anwendung des Satz 2 auf vorkonstitutionelles Recht zu weitgehende Rechtslücken³⁶²⁾, sondern dies ergibt sich bereits aus dem Wesen des Art.19 Abs.1 S.2 als an den Gesetzgeber gerichtete, der Sicherung der Grundrechte dienende F o r m a l n o r m .³⁶³⁾ Allerdings haben diese Erwägungen ebenso wie insbesondere die, daß Art.123 Abs.1 GG bei Anwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S.2 auf vorkonstitutionelles Recht zu einem sehr großen Teile illusorisch werde³⁶⁴⁾, ein sehr starkes Gewicht und vermögen die Richtigkeit der oben gegebenen Darlegungen zu bestätigen.

bb) Artikel 19 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes

Auch Art.19 Abs.1 S a t z 1 GG stellt Erfordernisse für grundrechtseinschränkende Gesetze auf, bei denen wieder die Frage nach der Anwendbarkeit auf vorkonstitutionelles Recht zu stellen ist. Satz 1 statuiert zwar ebenfalls Erfordernisse verfahrensmäßiger Art³⁶⁵⁾ insofern, als bestimmte Anforderungen an Art und Charakter grundrechtseinschränkender Gesetze gestellt werden: Sie müssen allgemein sein und dürfen nicht nur für den Einzelfall gelten. In dieser verfahrensmäßigen, der Sicherung der Grundrechte dienenden Bestimmung verbirgt sich jedoch in Wahrheit ein sehr bedeutsames materiell-rechtliches Prinzip: Es wird hier die Trennung der Aufgaben von Verwaltung und Gesetzgebung durchgeführt.³⁶⁶⁾ Art.19 Abs.1 S.1 GG ist

361) S.o.die in Anm.301 Zitierten.

362) S.o. die in Anm.298, 300 Zitierten.

363) Davon gehen, ohne diese Behauptung näher zu begründen, aus auch WERNICKE, BK, Art.19 II. Erl.1 f β, S.6 f; STEIN in ZINN-STEIN, Art.63, 7 u. 8, S.313; BVerfG, Beschl.v.10.2.1953 - 1 BvR 787/52 - BVerfGE 2 S.121-123 (S.122 f); ferner das in Anm.360 (gegen Ende) zitierte Urt.des OVG Lüneburg sowie BACHOF, DVBl 1952 S.413 Sp.2 (für den entsprechenden Fall bei Art.104 GG)

364) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19, IV 3 c, S.551; insbes.E.WOLFF, JR 1950 S.738 f, Anm.8

365) So v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19 III 1, S.542

366) Vgl. v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19, III 2 b, S.544; DÜRIG, JZ 1954 S.7

"einer der Pfeiler des Gewaltenteilungsprinzips".³⁶⁷⁾ Für grundrechtseinschränkende E i n z e l a k t e ist nur und allein die Exekutive zuständig.³⁶⁸⁾ Indem Art.19 Abs.1 S.1 den Gesetzgeber auf sein eigentliches Gebiet, die Setzung allgemeiner Normen, beschränkt, dient er nicht nur der r e i n f o r m a l e n Sicherung des Prinzips der Gewaltenteilung, sondern er legt dies Prinzip für ein Teilgebiet mit unmittelbarer, m a t e r i e l l - r e c h t l i c h e r verfassungskräftiger Wirkung fest³⁶⁹⁾; er aktualisiert den Gleichheitsgedanken des Art.3 Abs.1 GG mit materieller Wirkung für den Gesetzgeber.³⁷⁰⁾ Damit hat die Bestimmung des Art.19 Abs.1 S.1 GG unmittelbar materiell-rechtlichen Rang.³⁷¹⁾ Ein Spezialgesetz ist nicht nur deshalb nichtig, weil es allein gegen formalrechtliche Verfahrensnormen verstößt, sondern vor allem deshalb, weil ein solches Gesetz eine Aufgabe wahrnehmen würde, die nur der Verwaltung zukommt, weil es damit gegen das materielle Gewaltenteilungsprinzip verstoßen würde.³⁷²⁾

Art.19 Abs.1 S.1 GG verbietet daher nicht nur aus formalrechtlichen Gründen vom Inkrafttreten des GG an das Spezialgesetz, sondern e r v e r b i e t e t u n t e r d e r G e l t u n g d e s G G s c h l e c h t h i n m i t m a t e r i e l l - r e c h t l i c h e r W i r k u n g j e d e G r u n d r e c h t s e i n s c h r ä n k u n g ü b e r h a u p t , d i e a u f

367) Hildegard KRÜGER, DVBl 1955 S.760; vgl. auch v.MAN-GOLDT-KLEIN, Art.19,III 1,S.542 u. III 2 b,S.544

368) Hildegard KRÜGER, DVBl 1955 S.791; FORSTHOFF, 7.Aufl., § 10 S.162 (Anm.2)

369) S.o. Anm.291

370) IPSEN in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, S.142 u. 165 f; Hildegard KRÜGER, DVBl 1955 S.760,762,S.795,796; WERNICKE, BK,Art.19,II.Erl.1 c,S.4 f

371) E.WOLFF, JR 1950 S.739 Sp.1; WERNICKE, BK,Art.19, II.Erl.1 f β,S.6

372) Vgl. Hildegard KRÜGER, DVBl 1955 S.791,796

ein Spezialgesetz zurückgeht. Auch ein vorkonstitutionelles Spezialgesetz, das nach Inkrafttreten des GG noch wirksam Grundrechte einschränken will, verstößt daher gegen das Gewaltenteilungs- und das Gleichheitsprinzip des Art.19 Abs.1 S.1 GG und ist daher heute gemäß Art.123 Abs.1 GG nichtig.³⁷³⁾

Art.19 Abs.1 S.1 gilt deshalb auch für vorkonstitutionelles Recht.

cc) Gilt auch das Erfordernis des förmlichen Gesetzes für vorkonstitutionelles Recht ?

Grundrechtseinschränkende Gesetze müssen förmlich sein.³⁷⁴⁾

Zu fragen ist hier nur, ob dies Erfordernis auch für vorkonstitutionelles Recht gilt. Es handelt sich dabei um das entsprechende Problem wie bei Art.14 Abs.3 S.2 GG, wo ebenfalls zu untersuchen war, ob vorkonstitutionelle Enteignungsgesetze förmlich sein müssen.³⁷⁵⁾ Wie bei Art.14 Abs.3 GG alle Eigentumseingriffe unter Geltung des GG allen materiellen Erfordernissen des Art.14 Abs.3 zu genügen hatten³⁷⁶⁾, so müssen auch alle Grundrechtseingriffe überhaupt unter der Geltung des GG sämtlichen in Art.19 Abs.1 (und 2) aufgestellten materiellen Erfordernissen entsprechen.³⁷⁷⁾ Und wie bereits bei Art.14 Abs.3 GG stellt sich wieder die Frage, ob das Erfordernis des förmlichen Gesetzes nur eine rein formale, vom Gesetzgeber zu beachtende Verfahrensnorm ist oder ob hierdurch auch eine Voraussetzung von materiell-rechtlicher Bedeutung für alle Grundrechtseingriffe geschaffen wird. Diese Frage wurde bereits bei Art.14 Abs.3 S.2 im letzten Sinne beantwortet.³⁷⁸⁾ Soweit durch das Erfordernis des

373) Im Ergebnis ebenso die wohl einhellige Meinung; vgl. Anm.290,293; davon geht aus auch der BGH (vgl. das in Anm.342 zitierte Gutachten). Vgl. im übrigen oben S.88 (unter 1)).

374) S.o.S. 85ff; vgl. auch S. 7 ff

375) S.o.S. 61ff

376) S.o.S. 62 f

377) Vgl. auch oben S. 33ff u. S. 61ff

378) S.o.S. 61ff

förmlichen Gesetzes nur die Einhaltung des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens nach den Artt. 76 ff GG gesichert werden soll, kommt dem nur formaler Rang zu.³⁷⁹⁾ Daneben hat jedoch das Erfordernis des förmlichen Gesetzes eine bedeutsame unmittelbare m a t e r i e l l - verfassungsrechtliche Folge: Die Grundrechtssphäre des Einzelnen ist unter der Geltung des GG m a t e r i e l l - v e r f a s s u n g s r e c h t l i c h immun geworden gegen alle Eingriffsmöglichkeiten durch Verordnung, Satzungs- und Gewohnheitsrecht.³⁸⁰⁾ Es würde im Widerspruch zu diesem Prinzip der Festigkeit der Grundrechte gegenüber Verordnung, Satzungs- und Gewohnheitsrecht stehen, wenn vorkonstitutionelles, nicht förmliches Recht heute noch zu Grundrechtseinschränkungen dienen dürfte.³⁸¹⁾

Diese Auslegung wird gestützt durch die Erwägung von DÜRIG³⁸²⁾, daß zwischen dem Erfordernis des förmlichen Gesetzes und der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG bereits seit der Entstehungsgeschichte des Art. 19 Abs. 1 GG ein untrennbares Junktum besteht.³⁸³⁾ Wenn mit leichter Hand auch schon im vereinfachten Wege nicht förmlicher Gesetze in Grundrechte eingegriffen werden kann, so kann dadurch der durch Art. 19 Abs. 2 geschützte Wesensgehalt der Grundrechte angetastet werden.³⁸⁴⁾ Dies bestätigt wieder klar die materiell-rechtliche Funktion des Erfordernisses des förmlichen Gesetzes für Grundrechtseinschränkungen.

379) Vgl. im einzelnen oben S. 61 ff (unter dd))

380) Siehe im einzelnen oben S. 62 f zu u. in Anm. 213.

Vgl. im übrigen BLOMEYER-BARTENSTEIN S. 24, S. 19 u. 23 f; WERNICKE, BK, Art. 19, II, Erl. 1 f α , S. 6; DÜRIG, JZ 1954 S. 7 Sp. 2; GREINER, DÖV 1954 S. 584 f

381) Im einzelnen vgl. oben S. 62 f

382) DÜRIG, AöR Bd. 79 S. 62 zu u. in Anm. 16

383) Dieses Junktum wurde bereits bei der Entstehungsgeschichte des Art. 19 gesehen u n d gewollt. Vgl. JöR n.F. Bd. 1 S. 178 ff (insbes. S. 179)

384) JöR n.F. Bd. 1 S. 179 Abs. 2, am Ende

Demgegenüber können die Einwände gegen die Anwendbarkeit der Voraussetzung des förmlichen Gesetzes auf vorkonstitutionelles Recht nicht überzeugen: Wenn auch bei vorkonstitutionellen, nicht förmlichen Gesetzen nicht damit gerechnet werden konnte, daß das GG das Erfordernis des förmlichen Gesetzes einführen werde und dieser Grundsatz daher bei vorkonstitutionellen Normen nicht berücksichtigt werden konnte (und berücksichtigt zu werden brauchte)³⁸⁵⁾, so hatte dennoch der Grundgesetzgeber die Möglichkeit, die Grundrechte gegen Eingriffe durch Normen unterhalb des Ranges förmlicher Gesetze fest zu machen. Das hat er gewollt und getan.

Ebensowenig ist die Argumentation des W ü r t t.-B a d-V e r w G H ³⁸⁶⁾ schlüssig: Es ist nicht richtig, daß das GG auch heute noch in manchen Fällen von der Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen ohne förmliches Gesetz ausgehe, so daß deshalb auch vorkonstitutionelles, nicht förmliches Recht, das Grundrechte einschränkt, nicht dem Prinzip des GG widerspreche. Das vom VerwGH angeführte Sittengesetz schränkt das Grundrecht des Art.2 Abs.1 GG nicht ein, es handelt sich vielmehr um eine (Gewährleistungs-)Schranke³⁸⁷⁾ des Grundrechts, über die die Grundrechtsgarantie gar nicht mehr hinausreicht, so daß jenseits dieser Schranke auch kein Eingriff in das Grundrecht i.S. des Art.19 Abs.1 GG mehr möglich ist. Die auf Grund von Besatzungsrecht möglich gewesenene Einschränkungen von Grundrechten gehören ebenfalls nicht hierher, da das Besatzungsrecht außerhalb des deutschen (Verfassungs-)Rechts stand und an dieses daher nicht gebunden war.³⁸⁸⁾

385) V.MANGOLDT, Art.19,3.,S.120

386) S.o.S. 93 f (2.Absatz), (Anm.316)

387) Vgl. dazu v.MANGOLDT-KLEIN, Vorbemerkungen B XV,S.120 ff, insbes. unter 2,S.123 ff

388) Die Fragwürdigkeit der Argumentation des Württ.-Bad. VerwGH muß selbst von BREUNINGER (DÖV 1952 S.284), der sich dem Ergebnis des VerwGH anschließt, dennoch zugegeben werden.

Auch die Auffassung des B G H ³⁸⁹⁾, es müsse dem Gesetzgeber verbleiben, auf früherem Recht beruhende Grundrechtseinschränkungen, soweit sie nicht etwa offensichtlich dem Geist des GG widersprechen und deshalb von selbst außer Kraft getreten seien, zu prüfen und nötigenfalls zu beseitigen³⁹⁰⁾, muß abgelehnt werden. Darüber, ob Normen bei Inkrafttreten des GG wegen Widerspruchs zu diesem nichtig geworden sind, entscheidet nicht der Gesetzgeber, sondern das objektive, geltende Verfassungsrecht. Im übrigen geht Art.100 Abs.1 GG von dem allgemeinen richterlichen Prüfungsrecht aus³⁹¹⁾, so daß der Richter die Prüfung der Frage, ob ein Gesetz nichtig ist, nicht dem Gesetzgeber allein überlassen kann.

Auch vorkonstitutionelle, grundrechtseinschränkende Gesetze müssen daher dem Erfordernis des förmlichen Gesetzes entsprechen, wenn auf sie heute noch Grundrechtseinschränkungen gestützt werden sollen.³⁹²⁾

Vorkonstitutionelle förmliche Gesetze sind solche, die den zur Zeit ihres Zustandekommens geltenden Bestimmungen für das Zustandekommen ordentlicher, förmlicher Gesetze entsprachen.³⁹³⁾

389) BGH, Urt. in Strafsachen v. 31.3.1953 - 1 StR 670/52 - BGHSt 4 S.161-166 (S.166)

390) BGH aaO; vgl. S.94, Anm.322

391) S.u.S. 119f, S.163

392) BLOMEYER-BARTENSTEIN, S.24 u. 19; WERNICKE, BK, Art.19, II.Erl.1 f., S.6; HOLTKOTTEN, BK, Art.123, II.Erl.zu Abs.1,6, Abs.2, S.9 (f)

Vorkonstitutionell vorgenommene Eingriffe bleiben aber wirksam, da das GG nicht rückwirkt (s. o. zu u. in Anm.78). Nur soweit sie Dauerwirkungen entfalten, die heute (nachkonstitutionell) gegen materielles Verfassungsrecht verstoßen (vgl. dazu unten S.114 ff unter 3)), entfallen heute, d.h. nach Inkrafttreten des GG, diese Dauerwirkungen. Die Bedenken von SCHNEIDER (DVB1 1951 S.776), der befürchtet, alle vorkonstitutionell vorgenommenen, nicht durch förmliches Gesetz erfolgten Eingriffe seien, wenn man in jedem Falle ein förmliches Gesetz verlange, heute unwirksam geworden, entfallen damit, da das Erfordernis des förmlichen Gesetzes auch nach der hier vertretenen Ansicht nicht rückwirkend auf vorkonstitutionell bereits vorgenommenen Akte wirkt.

393) S.o.S. 64

Auch bei G e s e t z e n a u s d e r N S - Z e i t ist der Unterschied zwischen förmlichen und lediglich materiellen Gesetzen entscheidend. Auch aus der NS-Zeit gelten daher (nur) "förmliche" Gesetze im damaligen Sinne³⁹⁴⁾ weiter, sofern sie nur mit dem sonstigen geltenden materiellen Verfassungsrecht in Einklang stehen.³⁹⁵⁾

e) Wiederholungen bereits vorkonstitutioneller Grundrechtseinschränkungen in nachkonstitutionellen Gesetzen Art.19 Abs.1 Satz 2 GG soll, wie oben dargestellt³⁹⁶⁾, auch auf n a c h k o n s t i t u t i o n e l l e Gesetze dann nicht anwendbar sein, wenn diese "lediglich bereits geltende Grundrechtsbeschränkungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen."³⁹⁷⁾

Es geht hier n i c h t u m e i n P r o b l e m d e r A n w e n d b a r k e i t d e s A r t . 1 9 A b s . 1 S . 2 G G a u f d a s v o r k o n s t i t u t i o n e l l e R e c h t , denn niemand wird behaupten können, daß z.B. § 372 a der ZPO in der Fassung des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.Sept.1950³⁹⁸⁾ kein nachkonstitutionelles, sondern noch vorkonstitutionelles Gesetz sei.³⁹⁹⁾ Es geht hier daher um die Frage, inwieweit Art.19 Abs.1 S.2 auch auf n a c h k o n s t i t u t i o -

394) Dazu HUBER, Verfassungsrecht, S.246 f, insbes. auch S.251 f; s.o.S. 64ff (S.65f)

395) Im einzelnen wurde dieses Problem bereits oben S.64ff erörtert. Es muß hier auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden.

396) S.o.S. 90 ff

397) BVerfG, Beschl.v.25.5.1956 - 1 BvR 190/55 - BVerfGE 5 S.13-17 (S.16 f); vgl. ferner die in Anm.303 Zitierten.

398) BGBI S.455

399) Dies hat nichts mit der Frage zu tun, inwieweit ein vorkonstitutionelles Gesetz durch Bestätigung seitens des nachkonstitutionellen Gesetzgebers etwa selbst nachkonstitutionell werden kann (s.u.S. 143f, (insbes. S. 165 ff unter ζ)). Es handelt sich bei § 372 a ZPO z.B. eindeutig um nachkonstitutionell gesetztes und damit nachkonstitutionelles Recht, bei dem lediglich der darin enthaltene Rechtsgedanke bereits aus vorkonstitutioneller Zeit stammt.

n e l l e s Recht in Einzelfällen nicht anwendbar ist.⁴⁰⁰⁾
Da jedoch Grund für die hier behauptete Unanwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S.2 das Zurückgehen des betreffenden grundrechtseinschränkenden Gesetzes auf bereits v o r k o n - s t i t u t i o n e l l bestehende Einschränkungsmöglichkeiten sein soll, besteht ein so enger Zusammenhang zum Thema dieser Untersuchung, daß die Frage hier mitbehandelt werden soll.

Die für die Unanwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S.2 auf derartige nachkonstitutionelle Gesetze gegebene Begründung lautete im Kern: Von einer " E i n s c h r ä n k u n g " des Grundrechts i.S. des Art.19 Abs.1 S.2 könne dann n i c h t die Rede sein, wenn nach dem bisherigen Recht bereits bestehende Einschränkungsmöglichkeiten nicht erweitert, sondern lediglich — u.U. leicht modifiziert — übernommen würden.⁴⁰¹⁾

Diese Argumentation ist überzeugend.⁴⁰²⁾ Wenn ein vorkonstitutionelles förmliches Gesetz ein Grundrecht einschränkte und auch sonst allen Erfordernissen des GG entsprach, so galt es nach Art.123 Abs.1 GG weiter fort. Art.123 Abs.1 hat das alte, vorkonstitutionelle Recht, soweit es materiell verfassungsmäßig war, in vollem Umfange rezipiert. Es wäre ein merkwürdiges Ergebnis, wenn eine solchermaßen als verfassungsmäßig sanktionierte altrechtliche Grundrechts--einschränkungsmöglichkeit allein dadurch verfassungswidrig und nichtig werden sollte, daß der nachkonstitutionelle Gesetzgeber sie ohne jede Erweiterung der Eingriffsmöglichkeit neu faßte. Art.19 Abs.1 S.2 GG muß daher im Zusammenhang mit Art.123 Abs.1 GG sinnvollerweise so verstanden werden, daß lediglich die Schaffung n e u e r , dem nach Art.123 Abs.1 GG rezipierten Recht fremder, Eingriffsmöglichkeiten in Grundrechte formalisiert werden sollte.⁴⁰³⁾

400) RÖHL, AöR Bd.81 S.209 f (unter 2)

401) S.o.S. 90 ff

402) So zu Recht v.MANGOLDT-KLEIN, Art.19, IV 3 d, S.551

403) S.o.Ann.303, 305

Demgegenüber vermögen die hiergegen angeführten Bedenken⁴⁰⁴⁾ nicht zu überzeugen.

Bei Neukodifizierungen einer Materie wäre allerdings zu wünschen, daß auch bei Nichterweiterung der altrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten dennoch dem Art.19 Abs.1 S.2 genügt wird.⁴⁰⁵⁾

Vorkonstitutionelle Grundrechtseinschränkungen, die nur auf Zeit erlassen waren und die nachkonstitutionell in ihrer Geltung verlängert werden, bedürfen dagegen m.E. der Zitierung nach Art.19 Abs.1 S.2: Denn die Zitierung erübrigt sich bei nachkonstitutionellen Gesetzen nur dann, wenn der Eingriffsbereich nicht erweitert wird. Hier wird dieser Eingriffsbereich erweitert, zwar nicht sachlich, aber zeitlich. Das Verlängerungsgesetz kommt in seiner Wirkung einem neuen, daher an Art.19 Abs.1 S.2 gebundenen Gesetz gleich, das an die Stelle des alten tritt.⁴⁰⁶⁾

Der entgegengesetzten Ansicht von STEIN⁴⁰⁷⁾ kann daher nicht zugestimmt werden.

404) S.o.S. 91 f u. die in Anm.307 Zitierten

405) RÖHL, AöR, Bd.81 S.210. Bei Ausführungsbestimmungen ist die Zitierung nach Art.19 Abs.1 Satz 2 ebenfalls entbehrlich, weil hier nur bereits bestehende Grundrechtsbeschränkungen ausgefüllt werden (RÖHL aaO).

406) Vgl. HAMANN, Art.100, C.2, S.350 f; vgl. dazu auch BVerwG, Urt.v.23.4.1954 - BVerwG II C 50/53 - BVerwGE 1 S.104-123 (S.108).

Der VGH Kassel (Urt.v.16.7.1954 - O S II 112/53 - NJW 1955 S.439 f) und das OVG Hamburg (Urt.v.7.11.1952 - OVG Bf; 415/52 [nicht rechtskräftig] - NJW 1953 S.879 f) sind entsprechend bei Art.80 GG davon ausgegangen, daß sich die Wirksamkeit einer Ermächtigung in einem vorkonstitutionellen Gesetz dann nach den strengen Vorschriften des Art.80 GG statt nach Art.129 GG bestimmt, wenn das Gesetz durch den Bundesgesetzgeber verlängert worden ist (vgl. Hildegard KRÜGER, Gleichberechtigungsgesetz, Einleitung E 151, S.107). Vgl. ferner OLG Köln, Beschl.v.16.2.1955 - Ws 211/53 - in DÖV 1955 S.639-641; aus dem Beschl. ist ebenfalls zu entnehmen, daß der Gesetzgeber nach Inkrafttreten des GG unbedingt an dieses gebunden sein muß.

407) STEIN in ZINN-STEIN, Art.63, 6 c, Abs.4, S.313. Die Nichteinhaltung des Art.19 Abs.1 S.2 GG würde nur dann nicht schaden, wenn dieser lediglich Sollvorschrift wäre. Auf die Frage, ob Abs.1 S.2 Soll- oder Mußvorschrift ist, kann hier jedoch nicht eingegangen werden (s.o., Anm. 285, 286).

2) Die Bedeutung des Artikels 19 Absatz 2 des Grundgesetzes für vorkonstitutionelles Recht

KLEIN nimmt die Unanwendbarkeit des Art.19 Abs.2 GG auf das vorkonstitutionelle Recht an.⁴⁰⁸⁾

Auch das O V G H a m b u r g hat die Unanwendbarkeit des Art.19 Abs.2 auf vorkonstitutionelles Recht behauptet.⁴⁰⁹⁾ Bei näherer Betrachtung der Ausführungen des OVG zeigt sich jedoch schon, daß das OVG nur hat sagen wollen, Art.19 Abs.2 gelte (ebenso wie Abs.1 S.2 und Art.14 Abs.3 S.2) nicht r ü c k w i r k e n d ; es könnten also nicht rückwirkend vorkonstitutionell bereits vorgenommene Grundrechtseingriffe nachkonstitutionell in Zweifel gezogen werden.⁴¹⁰⁾ So betrachtet, schwächt sich die Behauptung, Art. 19 Abs.2 gelte nicht für vorkonstitutionelles Recht zu der bloßen Feststellung ab, Art.19 Abs.2 habe keine Rückwirkung.

Die Geltung des Art.19 Abs.2 GG auch für das vorkonstitutionelle Recht ergibt sich m.E. aus folgenden Erwägungen: Schon der Wortlaut: "i n k e i n e m F a l l e darf ... angetastet werden" deutet auf die ausnahmslose Anwendbarkeit auf a l l e Grundrechtseinschränkungen - seit Inkrafttreten des Grundgesetzes - hin. Dasselbe ergibt sich auch aus dem Sinn des Art.19 Abs.2 GG: Art.19 Abs.2 GG dient wie auch Art.19 Abs.1 Satz 1 und 2 der Sicherung der Grundrechte gegen den staatlichen Hoheitsträger. Er verwirklicht dieses Ziel durch die Deklaration der m a - t e r i e l l e n , nicht bloß verfahrensmäßigen Vorbehaltsschranke⁴¹¹⁾ für alle Grundrechtseingriffe.⁴¹²⁾ Aus

408) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19, V 8, S.566

409) OVG Hamburg, Urt.v.20.4.1953 - Bf I 385/52 - MDR 1953 S.700-702 (S.701 Sp.2)

410) OVG Hamburg aaO S.701 Sp.2

411) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.19, V 1, S.551 f; Vorbehaltsschranke nicht verfahrensmäßiger, sondern inhaltlicher Art

412) E.WOLFF, JR 1950 S.739; WERNICKE, BK, Art.19, II. Erl. 2, 2 b, S.7; KIEFERSAUER, JR 1952 S.81-90 (S.82); ZIPPELIUS, DVBl 1956 S.353-355 (S.354); BGH, Beschl. des GrSZ v.10.6.1952 - GSZ 2/52 - BGHZ 6 S.270-295 (S.279); OVG Lüneburg, Urt.v.18.5.1955 - IV OVG A 183/54 - (nicht rechtskräftig), DVBl 1955 S.539-540 (S.540); vgl. ferner auch IPSEN, VVDStRL H.10 S.94 f; HAAS, MDR 1951 S.650-653 (S.651); SCHEUNER, DÖV 1954 S.590

diesem materiell-rechtlichen Charakter des Abs.2 folgt seine Anwendbarkeit auf a l l e Grundrechtseinschränkungen unter der Geltung des GG, auch wenn diese durch oder auf Grund vorkonstitutionellen Gesetzes erfolgen. Denn wenn Art.19 Abs.2 tatsächlich auf das vorkonstitutionelle Recht unanwendbar wäre, so wäre Art.123 Abs.1 GG, der die Fortgeltung vorkonstitutionellen Rechtes von der Vereinbarkeit mit dem GG abhängig macht, praktisch in einem seiner wichtigsten Bereiche lahmgelegt. Grundrechte könnten dann heute durch oder auf Grund vorkonstitutionellen Rechtes ohne weiteres in ihrem Wesensgehalt angetastet werden. Der Wesensgehalt der Grundrechte wäre fest und unantastbar erst gegenüber dem nachkonstitutionellen Recht. Die Rechtsprechung hat daher recht, wenn sie ohne Bedenken auch vorkonstitutionelle Gesetze, soweit sie nachkonstitutionell noch als Grundlage für Grundrechtseingriffe in Frage kamen, am Maßstabe des Art.19 Abs.2 GG mißt.⁴¹³⁾

Auch aus dem Gutachten des BGH vom 25.Jan.1952⁴¹⁴⁾ ist nichts dafür zu entnehmen, daß Art.19 Abs.2 GG auf vorkonstitutionelles Recht unanwendbar sein solle. Gerade auch in diesem Gutachten hat der BGH das v o r k o n s t i t u t i o n e l l e Impfgesetz auf seine Vereinbarkeit mit Art.19 Abs.2 GG geprüft.

Art.19 Abs.2 GG ist demnach vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des GG an auch auf vorkonstitutionelles Recht anwendbar.

3) Vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits vorgenommene Grundrechtseingriffe

Schließlich sei auch noch der Fall betrachtet, daß auf Grund oder durch vorkonstitutionelles Gesetz bereits vor Inkrafttreten des GG ein Grundrechtseingriff ohne Einhal-

413) Vgl. die in Anm.333 zitierten Urteile des BVerwG, ferner das Urteil v.3.11.1955 - BVerwG I C 15/53 - BVerwGE 2 S.295-302 (S.295 ff); auch das Gutachten des BGH v.25.1.1952 - VRG 5/51 - DÖV 1953 S.343 f = BGHSt 4 S.375-379

414) BGHSt 4 S.375-379

tung der Voraussetzungen des Art.19 Abs.1 und 2 GG vorgenommen wurde.⁴¹⁵⁾

Eine Anwendbarkeit des Art.19 Abs.1 S.2 kommt schon deshalb nicht in Frage, weil dieser nicht einmal bei auf vorkonstitutionelles Recht gestützten *n a c h k o n s t i t u t i o n e l l e n* Grundrechtseingriffen anwendbar ist. Es ist vielmehr lediglich nach der Anwendbarkeit des Abs.1 S.1 und des Abs.2 zu fragen.

Vorkonstitutionell abgeschlossene Grundrechtseingriffe, die nach Inkrafttreten des GG keinerlei Dauerbeeinträchtigungen der betreffenden Grundrechte mehr zeitigen, bleiben durch Art.19 Abs.1 S.1 und Abs.2 unberührt, da das GG nicht zurückwirkt.⁴¹⁶⁾

Sofern jedoch ein vorkonstitutioneller Grundrechtseingriff zu einer *D a u e r b e e i n t r ä c h t i g u n g* bis in die Zeit nach Inkrafttreten des GG geführt hat, ist *A b s a t z 2* des Art.19 vom *I n k r a f t t r e t e n* des GG an unbedingt anwendbar. Das ergibt sich einmal schon aus dem Wortlaut: "*i n k e i n e m F a l l e* darf ...", dann aber auch aus dem Sinn des Abs.2, der für die Zeit nach dem Inkrafttreten des GG mit unmittelbar materiell-verfassungsrechtlicher Wirkung einen *g e g e n j e g l i c h e E i n s c h r ä n k u n g* immunen Grundrechtskern der einzelnen Grundrechte geschaffen hat. Auch die bereits durch *v o r k o n s t i t u t i o n e l l e n A k t* vorgenommene Beeinträchtigung eines Grundrechts in seiner Substanz verstößt vom Augenblick des Inkrafttretens des GG an gegen das materielle Verfassungs-

415) Wenn dies auch kein eigentliches Problem mehr der Anwendbarkeit des Art.19 GG auf vorkonstitutionelles Recht ist, so besteht doch ein so enger Zusammenhang, daß die Frage hier mitdargestellt werden soll (vgl. schon oben S. 70_{ff} [S. 73 ff]).

416) Vgl. dazu oben die entsprechenden Ausführungen zu Art.14 Abs.3 (S. 67 ff unter a), insbes.S.70).

recht und ist daher durch Art.19 Abs.2 GG aufgehoben.⁴¹⁷⁾

Auch bei Verstoß gegen Art.19 A b s . 1 S a t z 1 werden nachkonstitutionelle Grundrechtsbeeinträchtigungen durch bereits vorkonstitutionellen Eingriff mit Inkrafttreten des GG hinfällig. Der in Art.19 Abs.1 Satz 1 enthaltene materielle Rechtsgedanke verlangt zwingend, daß nachkonstitutionelle Grundrechtsbeeinträchtigungen, die auf ein dem Art.19 Abs.1 Satz 1 nicht entsprechendes Gesetz zurückgehen, in keinem Falle mehr möglich sind.⁴¹⁸⁾

C. Die Bedeutung der Rechtswegklausel des Artikels 19
Absatz 4 des Grundgesetzes für vorkonstitutionelles Recht

Zum Schluß soll auch die Bedeutung der R e c h t s w e g - k l a u s e l des Art.19 A b s . 4 G G für vorkonstitutionelles Recht noch kurz beleuchtet werden.

Wenn in einem vorkonstitutionellen Gesetz der Rechtsweg ausgeschlossen ist, so ist die betreffende Bestimmung nichtig (ohne daß hierdurch das ganze Gesetz nichtig wird).⁴¹⁹⁾

417) Das OVG Hamburg (s.o. Anm.409); MDR 1953 S.700-702) behauptete zwar die Unanwendbarkeit des Art.19 Abs.2 GG für nachkonstitutionelle Dauerbeeinträchtigungen des Grundrechts des E i g e n t u m s auf Grund vorkonstitutionellen Aktes. Das OVG ging dabei jedoch offenbar von der A n w e n d b a r k e i t des Art.19 Abs.2 auch auf Art.14 Abs.3 aus. Es wollte (im Ergebnis zu Recht) die nachkonstitutionellen Enteignungswirkungen nicht wegen Verstoßes gegen Art.19 Abs.2 GG hinfällig werden lassen. Dieser Behauptung des OVG hätte es gar nicht bedurft: Denn auch, wenn man die Anwendbarkeit des Art.19 Abs.2 GG auf Art.14 Abs.3 GG annähme, müßte dem Art.19 Abs.2 GG jedenfalls genügt sein, wenn die Eigentumsgarantie gegen die Entschädigungsgarantie ausgetauscht wird, wenn also die nachkonstitutionellen Beeinträchtigungen entsprechend Art.14 Abs.3 S.3 GG entschädigt werden (s.o.S. 70ff, S.77 f), denn sonst müßte (auch) jede nachkonstitutionelle Enteignung gegen Art.19 Abs.2 GG verstoßen. Die Behauptung des OVG, Art.19 Abs.2 GG gelte hier nicht für nachkonstitutionelle Grundrechtseinschränkungen auf Grund vorkonstitutionellen Eingriffs, ist daher nur aus der spezifischen Problematik des Verhältnisses zwischen Art.14 Abs.3 GG und Art.19 Abs.2 GG zu erklären. Sie hat keine allgemeingültige Bedeutung und muß selbst

Art.19 Abs.4 eröffnet dann an Stelle der nichtigen Norm unmittelbar s e l b s t von Verfassungen wegen den Rechtsweg.⁴²⁰⁾ Art.19 Abs.4 GG gilt daher auch für vorkonstitutionelles Recht. Er ändert es unmittelbar ab.

Der Sachverhalt, auf den Art.19 Abs.4 GG abstellt, ist die R e c h t s v e r l e t z u n g durch die öffentliche Gewalt. Diese Rechtsverletzung muß daher nachkonstitutionell sein, um von der Rechtsweggarantie des Art.19 Abs.4 noch erfaßt zu werden, da Art.19 Abs.4 GG keine Rückwirkung hat.

D. Zusammenfassung

1) Das V e r b o t d e s S p e z i a l g e s e t z e s (Art.19 Abs.1 S.1 GG) gilt auch für vorkonstitutionelles Recht, sofern darauf nach Inkrafttreten des GG noch Grundrechtseinschränkungen gestützt werden sollen.

2) Das Z i t i e r g e b o t des Art.19 Abs.1 S.2 GG gilt nicht für vorkonstitutionelle Gesetze.

Es gilt auch für n a c h k o n s t i t u t i o n e l l e Gesetze nicht, wenn diese lediglich nach früherem Recht bereits zulässige Grundrechtseinschränkungsmöglichkeiten unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen, ohne die bisherigen Eingriffsmöglichkeiten zu erweitern.

Bei vorkonstitutionellen, zeitlich begrenzten Gesetzen, die nachkonstitutionell i n i h r e r G e l t u n g v e r l ä n g e r t w e r d e n , ist Art.19 Abs.1 S.2 GG hingegen anzuwenden.

Fortsetzung von Anm.417:

für den Fall des Art.14 Abs.3 GG angezweifelt werden. Auf das Verhältnis des Art.14 Abs.3 zu Art.19 Abs.2 GG kann hier im übrigen nicht eingegangen werden.

418) Vgl. hierzu die Ausführungen oben S. 104 ff

419) S.o.,Anm.278

420) S.o.,Anm.279 für den entsprechenden Fall des Art.14 Abs.3 S.4 GG. Vgl. ferner KLEIN, VVDStRL H.8, S.67-125 (S.82 ff, 92 ff); WERNICKE, BK, Art.19, II. Erl.4, S.9

3) Auch vorkonstitutionelles Recht muß dem aus Art.19 Abs.1 GG zu entnehmenden Erfordernis des förmlichen Gesetzes entsprechen. Der Begriff des förmlichen Gesetzes bestimmt sich dabei nach den zur Zeit seines Zustandekommens geltenden Bestimmungen.

4) Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs.2 GG gilt vom Inkrafttreten des GG an für alle Grundrechtseingriffe; sie ist daher auch für das vorkonstitutionelle Recht gültig.

5) Vorkonstitutionell bereits vorgenommene Grundrechtseingriffe bleiben durch das Inkrafttreten des Art.19 Abs.1 und 2 GG unberührt, da das GG nicht zurückwirkt. Sofern jedoch durch vorkonstitutionellen Akt eine Dauerbeeinträchtigung des Grundrechts eingetreten ist, tritt diese mit Inkrafttreten des GG unter dessen Geltung. Wird sie durch Spezialgesetz vorgenommen oder verletzt sie den Wesensgehalt eines Grundrechtes, so fällt sie wegen Verstoßes gegen materielles Verfassungsrecht mit Inkrafttreten des GG fort.

6) Bei vorkonstitutionellen Gesetzen, die den Rechtsweg ausschließen, ist der Rechtswegausschluß verfassungswidrig und nichtig. An dessen Stelle tritt dann unmittelbar Art.19 Abs.4 GG selbst und eröffnet den Rechtsweg.

2.Hauptteil: Die Bewertung des vorkonstitutionellen
Rechts im Rahmen der Inzidentnormenkontrolle des
Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes

Für die in Art.100 Abs.1 GG geregelte Inzidentnormenkontrolle ist seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes am 24. Mai 1949 ebenfalls streitig geworden, welche Bedeutung ihr für das vorkonstitutionelle Recht zukommt.

Hier geht es nicht um die Anwendbarkeit bestimmter verfassungsrechtlicher Erfordernisse auf vorkonstitutionelles Recht, sondern um die Frage des richterlichen Prüfungsrechts, genauer: der richterlichen Prüfungszuständigkeit⁴²¹⁾ bei vorkonstitutionellem Recht. Die Problematik ist daher, wie schon eingangs erwähnt, anderer Art als bei Art.14 Abs.3 und Art.19 GG, und es wird daher auf die dort angestellten Erwägungen nicht zurückgegriffen werden können.⁴²²⁾

Um eine Grundlage für weitere Erörterungen zu schaffen, soll zunächst die Bedeutung der in Art.100 Abs.1 GG enthaltenen Regelung überhaupt kurz skizziert werden.

A. Kurzer Überblick über die Bedeutung der Inzidentnormenkontrolle des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes überhaupt

Art.100 Abs.1 GG hat in doppelter Hinsicht größte Bedeutung: Er enthält einmal - implizite - die Anerkennung und verfassungsmäßige Statuierung des in der Weimarer Zeit

421) Vgl. IPSEN in Deutsche Landesreferate, S.791 ff

422) Vgl. die zutreffende Ausführung von SIEVERS, DRiZ 1957 S.78-80 (S.79 Sp.2): Die Repr des BVerfG zu Art.19 Abs.1 S.2 GG erscheine auf die Problematik des Art. 100 Abs.1 GG nicht übertragbar.

umstrittenen richterlichen Prüfungsrechts von Rechtsnormen.⁴²³⁾ Denn aus Art.100 Abs.1 GG ergibt sich, daß "grundsätzlich von Verfassungs wegen jeder Richter eines jeden Rechtsstreits als Inhaber einer allgemeinen (diffusen) und vollen, allerdings nur akzessorischen und nur inzidenter ausübenden Prüfungszuständigkeit anzusehen ist."⁴²⁴⁾ Zum anderen gibt Art.100 Abs.1 GG darüber hinaus eine spezifisch geartete positive Regelung des richterlichen Prüfungsrechts, die dadurch gekennzeichnet ist, daß den Gerichten in bestimmten Fällen nur ein Vorprüfungsrecht eingeräumt ist. Gelangen sie dabei zur V e r n e i -
n u n g der Vereinbarkeit der zu prüfenden Norm mit der als Prüfungsmaßstab verwendeten Norm, so besteht eine Vorlagepflicht an das BVerfG bzw. an den Landesverfassungsgerichtshof, denen somit in den durch Art.100 GG normierten Fällen das alleinige E n t s c h e i d u n g s m o n o -
p o l zusteht.⁴²⁵⁾

-
- 423) Das richterliche Prüfungsrecht wurde in der späteren Weimarer Zeit überwiegend anerkannt, blieb allerdings bestritten. Vgl. v.HIPPEL, HdBdStR II S.546 (S.552,554); einen Überblick über den Stand der Meinungen in der späten Weimarer Zeit gibt FEIGENSPAN, Diss., S.25 ff; vgl. ferner ANSCHÜTZ, Art.70, Anm.5, S.371 ff; FIGGE, MDR 1953 S.391-393 (S.391); SCHÄTZEL NJW 1948 S.450-452; HOLTKOTTEN, BK, Art.100, II. Erl. A 1, S.149 f; BVerfG, Urt.v.24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S.124-135 (S.132 ff)
- 424) HOLTKOTTEN, BK aaO S.150; ferner C.SCHMITT, Hüter der Verfassung, S.18; IPSEN DV 1949 S.486-492 (S.489); derselbe, Deutsche Landesreferate, S.798,807; v.BRENTANO, schriftl.Bericht S.68; FIGGE, MDR 1953 S.391-393 (S.391); BVerfG, Urt.v.24.2.1953, BVerfGE 2 S.124-135 (S.131); vgl. ferner die in Anm.570 Zitierten; lediglich der Bundesfinanzhof scheint das bezweifeln zu wollen (Urt.v.12.12.1958 - III 332/58 S - in BB 1959 S.364).
- 425) Vgl. HOLTKOTTEN, BK, aaO; SCHÄFER, NJW 1954 S.409-413 (S.409); die Vorlagepflicht besteht nur und immer, wenn das Instanzgericht die Verfassungsmäßigkeit des betreffenden Gesetzes ausdrücklich verneinen will. FIGGE, MDR 1953 S.393; HAMANN, Art.100, C 4 (S.351); v. MANGOLDT, Art.100, 3 (S.539); ZINN, Rechtspflege, S.55; BVerfG, Urt.v.20.3.1952 - 1 BvL 12,15,16,24,28/51 - BVerfGE 1 S.184-201 (S.189); IPSEN, Deutsche Landesreferate, S.807,809

Bestritten werden kann heute nicht mehr das O b des richterlichen Prüfungsrechts, sondern allein noch Fragen des W i e , also der Ausgestaltung im einzelnen. Aber auch das Wie des richterlichen Prüfungsrechts ist weitgehend in Art.100 GG positiv-rechtlich normiert. Dennoch sind im Rahmen des Art.100 Abs.1 GG, der Inzidentnormenkontrolle bzw. konkreten Normenkontrolle von Gesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit Verfassung oder höherrangigem Recht, insbesondere zwei sehr bedeutsame Fragen bis heute streitig geblieben: einmal, ob das Prüfungsmonopol des BVerfG bzw. des Landesverfassungsgerichtshofs sich auch auf Recht unterhalb des Ranges förmlicher Gesetze erstrecken kann, und zweitens, ob es auch das vorkonstitutionelle Recht erfaßt.

Auf die erste Frage kann nicht eingegangen werden. Bei Art. 14 Abs.3 und Art.19 Abs.1 GG mußte entschieden werden, ob ein förmliches Gesetz zu den dort vorgesehenen Eingriffen notwendig ist, weil nur dann die Frage beantwortet werden konnte, ob auch das vorkonstitutionelle Gesetz förmlich sein muß. Bei Art.100 Abs.1 GG kann dagegen dieses Problem nicht auftauchen; es ist hier vielmehr im Streit, ob Art. 100 Abs.1 GG ü b e r h a u p t für vorkonstitutionelles Recht gilt.

Die Frage ist im Übrigen mit der h.M.⁴²⁶⁾ i:S. des förmli-

426) V.MANGOLDT, Art.100,3,S.540; MAUNZ, Dt.Staatsrecht, § 26 II 3 b,aa,S.229; FIGGE, MDR 1953 S.391-393 (S.392); HOLTKOTTEN,BK,Art.100,II.Erl.A 3,S.156 f; HAMANN, Art. 100,C 2 und 7 (S.350 u. 351); JELLINEK in Laun-Festschr. S.269-274 (S.271,273); ZINN, Rechtspflege, S.55; ARNDT, DVBl 1952 S.1-5 (S.4); ENGELHARDT, JöR n.F.Bd.8 S.102 ff; BVerfG, Urt.v.20.3.1952, BVerfGE 1 S.184-201 (Leitsatz 1 S.184 u. S.189 ff); BVerfG, Beschl.v.24.4.1952 - 1 BvL 34/51 - BVerfGE 1 S.261-263 (S.262); BVerfG, Beschl.v.11.5.1955 - 1 BvO 1/54 - NJW 1955 S.945; BVerfG, Urt.v.24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S.124-135 (S.127); BVerfG, Urt.v.20.3.1952 - 1 BvL 14/52 - BVerfGE 1 S.202-208 (S.206); BGH, Gutachten v.6.10.1952 - I VRG 11/52 - BGHZ 9 S.390-400 (S.399); dem förmlichen Gesetz sind dabei gleichzusetzen Notverordnungen der Landesregierungen und Notgesetze nach Art.81 GG (FIGGE, MDR 1953 S.392; BVerfG, Urt.v.20.3.1952; BVerfGE 1 S.184-201 [Leitsatz 1 <S.184> u. S.201]), denn diese sollen gerade förmliche Gesetze ersetzen.

chen Gesetzes zu entscheiden, d.h. das Prüfungsmonopol des Verfassungsgerichts greift nur dann ein, wenn das Instanzgericht die Unvereinbarkeit eines förmlichen Gesetzes mit der Verfassung oder die Unvereinbarkeit eines förmlichen Landesgesetzes mit Bundesrecht annimmt.⁴²⁷⁾

Fortsetzung von Anmerkung 426:

Rheinland-Pfalz hat daher durch verfassungsänderndes Gesetz vom 10.7.1952 (GVBl S.109) im Hinblick auf das Urt. des BVerfG v.20.3.1952 (BVerfGE 1 S.184-201) Art.130 der rheinland-pfälzischen Verfassung dahin eingeschränkt, daß nur noch förmliche Gesetze erfaßt werden. Vgl. dazu SCHÄFER, NJW 1954 S.1-5 (S.2).

A.A., d.h. gegen die Beschränkung des Art.100 Abs.1 GG auf förmliche Gesetze: GEIGER, BVGG, Vorb.vor § 80 (S.254 f); derselbe, DRiZ 1951 S.172-175 (S.174 Sp.2); IPSEN, Deutsche Landesreferate, S.810; KLEINRAHM, DVBl 1950 S.298-300 (S.299); ebenso der BayVerfGH in ständiger Rspr, vgl. die Entscheidung v.14.4.1951 - Vf 167 - V - 50 - VwRspr, Bd.4 S.13-26 (S.18 ff, 19 f) mit ablehnender Anmerkung von APELT, aaO S.26 f; zustimmend zum Urt. des BayVerfGH dagegen NAWIASKY-LECHNER, BayV, Erg.Bd., Art.65, Bem.3, S.60; diese Rspr des BayVerfGH ist auch vom BVerfG (Urt.v.20.3.1952, BVerfGE 1 S.184-201 [S.201]) anerkannt worden, so weit es nur um die Prüfungskompetenz des BayVerfGH geht.

427) Vgl. zu Einzelfragen im übrigen: v.MANGOLDT, Art.100, 3.S.540; Der Begriff "Landesrecht" in Art.100 Abs.1 S.2 GG sei i.S. des materiellen Gesetzes zu verstehen. Dagegen z.B. BVerfG, Beschl.v.20.3.1952 - 1 BvL 14/52 - BVerfGE 1 S.202-208 u. BVerfG, Urt.v.20.3.1952 - 1 BvL 12,15,16,24,28/51 - BVerfGE 1 S.184-201. BVerfG, Urt.v.20.5.1952 - 1 BvL 3/51 und 4/51 - BVerfGE 1 S.283-299: Das Prüfungsmonopol umfaßt auch den Fall des Verstoßes eines (förmlichen) Landesgesetzes gegen Bundesverordnungsrecht; ebenso BVerfG, Urt.v.20.3.1952 - 1 BvL 14/52 - BVerfGE 1 S.202-208 (S.206 f) und SCHÄFER, NJW 1954 S.1-5 (S.5); a.A. HOLTKOTTEN, BK, Art.100, II.Erl. A 4 (S.157 f). SCHÄFER aaO S.4: Das Instanzgericht entscheidet auch über die Grundgesetzwidrigkeit einer vorkonstitutionellen Landesverfassung; a.A. HOLTKOTTEN, BK, Art.100 II.Erl. A 3 (S.156): Art.100 Abs.1 S.2 enthalte den selbständigen Rechtsgedanken, daß der Instanzrichter in keinem Fall die GG-Widrigkeit von Landesverfassungsrecht feststellen könne. Vgl. dazu ferner unten, S.138 Absatz 4, S.170 ff. Vgl. IPSEN, Deutsche Landesreferate S.810 zu Einzelfragen bei der Prüfung von Verordnungen.

B. Die Inzidentnormenkontrolle im Sinne des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes bei vorkonstitutionellem Recht

Nur die weitere, im Rahmen des Art.100 Abs.1 GG aktuelle Streitfrage wird hier untersucht werden: Ob das in Art.100 Abs.1 statuierte Prüfungsmonopol der Verfassungsgerichte auch bei vorkonstitutionellem Recht Platz greift.

Dabei wird folgender Weg einzuschlagen sein: Die verschiedenen Meinungen werden zunächst gegenüberzustellen sein, um die Bedeutung der vorgebrachten Argumente gegeneinander abwägen zu können. Es wird dabei auch darauf einzugehen sein, ob die von der Rspr des BVerfG abweichende Handhabung des Prüfungsmonopols beim Normenkontrollverfahren z. B. von seiten des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes mit Art.100 Abs.1 GG vereinbar ist. Im wesentlichen ausgeschieden wird die Frage (die sich allerdings in der späteren Rspr des BVerfG zu einem eigentlichen Kernproblem des Art. 100 Abs.1 entwickelt hat), wann ein vorkonstitutionelles Gesetz, etwa auf Grund seiner Bestätigung durch den nachkonstitutionellen Gesetzgeber, zu einem nachkonstitutionellen Gesetz wird, so daß dann die u n b e s t r i t t e n e Prüfungszuständigkeit des BVerfG eingreift. Nicht eigentlich zum Thema gehört auch die Frage des richterlichen Prüfungerechts in Bezug auf Landesgesetze, bei denen später ein widersprechendes Bundesgesetz ergangen ist. Dennoch hängt gerade dieses Problem so eng mit dem zu behandelnden Thema zusammen, deckt sich sogar mit ihm, wenn das Landesgesetz zufällig vorkonstitutionell ist, daß diese Frage nicht ausgeschieden werden kann.

In den Rahmen des Art.100 Abs.1 GG gehört ferner nur die Frage, wer prüfen kann, o b das vorkonstitutionelle Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist und deshalb fortgilt. W i e es fortgilt, ob als Bundes- oder Landesrecht, ist ausschließlich im Rahmen der Artt.124-126 GG erheblich und daher hier nicht darzustellen.

Nicht zu behandeln ist schließlich auch die Frage nach der Bedeutung des Art. 100 Abs. 1 GG für die Zeit vor der Errichtung des BVerfG, die Frage also, ob nicht das Entscheidungsmonopol des BVerfG erst mit dessen Errichtung begann.⁴²⁸⁾

I. Begriff des vorkonstitutionellen Rechts

Gerade für den Fall der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG ist behauptet worden, daß auch Gesetze aus der Zeit zwischen dem Inkrafttreten des GG am 24.5.1949 und dem Zusammentritt des 1. Bundestages am 7.9.1949 noch als vorkonstitutionell zu behandeln seien. ZINN begründet dies damit, daß nach Art. 122 GG der (Bundes)Gesetzgeber erst mit diesem Zeitpunkt des Zusammentritts des 1. Bundestages ins Leben getreten sei.⁴²⁹⁾ Noch eingehender führt das BVerwG aus⁴³⁰⁾: Zwar sei das Grundgesetz am 24.5.1949 in Kraft getreten, und die seitdem ergangene Rechtssetzung habe von diesem Zeitpunkt an inhaltlich der Beurteilung nach dem GG unterlegen. Dennoch sei die Bundesrepublik Deutschland nach den ausdrücklichen Vorschriften des GG erst mit dem Zusammentritt des 1. Bundestages am 7.9.1949 ins

428) Die weitaus überwiegende Meinung nahm an, daß Art. 100 Abs. 1 GG, soweit er die Zuständigkeit des BVerfG begründete, erst mit dessen Errichtung in Kraft trat. Vgl. dazu im einzelnen: SCHÄFER, JZ 1951 S. 697; derselbe DVBl 1951 S. 321 f; BACHOF, DVBl 1951 S. 13-15 (S. 14, zu u. in Anm. 5; S. 15, zu u. in Anm. 15); derselbe DRZ 1950 S. 245-247 (S. 247); IPSEN, DVBl 1950 S. 385-390 (S. 390 unter VII zu Anm. 15); derselbe, DV 1949 S. 492; unentschieden E. WOLFF, DRZ 1950 S. 1-6 (S. 6 Sp. 1); aus der Rspr. ferner BayVerfGE, Entscheidung v. 21.11.1949 - Vf 20 - VII - 49 - in VwRspr Bd. 2 (1950) S. 163-178 (S. 168 f); Württ.-Bad. VerwGH, Urt. v. 10.3.1949 - II 40/49 - DÖV 1950 S. 346-349 (S. 347); OVG Hamburg, Urt. v. 3.10.1950 - OVG Bf I 315/50 - DVBl 1950 S. 752-754; Urt. v. 16.10.1950 - OVG Bf I 320/50 - MDR 1950 S. 760-762; OVG Lüneburg, Urt. v. 10.1.1951 - II OVG A 229/50 - DVBl 1951 S. 180 f; zweifelnd noch OVG Hamburg, Urt. v. 6.6.1950 - OVG Bf II 574/49 - DVBl 1950 S. 614 f. Demgegenüber stellt HOLTKOTTEN, BK, Art. 100, II. Erl. A, 9 (S. 162) auf den Zeitpunkt der Verkündung bzw. des Inkrafttretens des BVerfGG ab. So wohl auch VerfGH Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.4.1951 - VG 1/51 - JZ 51 S. 693-694 mit Anm. von SCHÄFER, S. 694 f.

429) ZINN, Rechtspflege, S. 56

430) BVerwG, Urt. v. 8.9.1953 - BVerwG III A 8/53 - BVerwGE 1 S. 4-11 (S. 5 f)

Leben getreten.⁴³¹⁾ Erst von diesem Tage an seien die Organe des Staates entstanden und wirksam geworden. Dementsprechend seien die gesetzgebenden und bei der Gesetzgebung mitwirkenden Organe, auch wenn sie das GG nicht mehr anerkannt habe, auch nach dessen Inkrafttreten zunächst noch bestehen geblieben und konnten weiter gesetzgeberisch tätig werden. Sie seien erst mit dem Zusammentritt des 1. Bundestages aufgelöst worden (Art.122 Abs.2 GG), und Recht aus der vorkonstitutionellen Zeit habe bis zu diesem Tage fortgegolten. Erst vom 7.9.1949 an sei älteres Recht nach den Artt.124, 125 GG Bundesrecht geworden und könne daher auch erst von diesem Zeitpunkt an als Maßstab für die Normenkontrolle nach Art.100 Abs.1 S.2 GG gelten.⁴³²⁾ Demnach müsse dann auch der 7.9.1949 als der Tag, an dem die Bundesrepublik Deutschland ins Leben getreten sei und ihre Gesetzgebungsgewalt begonnen habe, maßgebend sein für die Frage, welche Gesetze der ausschließlichen Zuständigkeit des BVerfG hinsichtlich der Entscheidung über ihre Verfassungsmäßigkeit unterlägen.⁴³³⁾

Das BVerfG, das die Frage zunächst offen gelassen hatte⁴³⁴⁾, mußte später auf der Grundlage seiner Theorie, die den Grund des durch Art.100 Abs.1 GG für das BVerfG geschaffenen Entscheidungsmonopols darin sieht, daß dem unter der Herrschaft des GG tätig gewordenen Gesetzgeber unterstellt werde, er habe durch seinen Gesetzgebungsakt geltendes Verfassungs-

431) BVerwG aaO S.5

432) Diese Feststellung für sich allein begegnet keinen Bedenken. Auch das BVerfG teilt diese Ansicht; vgl. BVerfG, Beschl.v.4.3.1953 - 1 BvL 5/52 - BVerfGE 2 S.136-139 (S.138 f); ferner auch SCHÄFER, NJW 1954 S.1-5 (S.4): Reichsrecht, das als Bundesrecht fortgilt, kann erst mit Wirkung vom 7.9.1949 als gültiger Prüfungsmaßstab verwandt werden.

433) BVerfGE 1 S.6 (Anm.430)

434) BVerfG, Urt.v.24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S.124-135 (S.135); unentschieden auch noch BVerfG, Beschl.v.20.7.1955 - 1 BvO 21/54 - BVerfGE 4 S.214-219 (S.217 ff)

recht verletzt⁴³⁵⁾, folgerichtig zu dem Ergebnis gelangen, daß auch Gesetze aus der Zeit zwischen dem 24.5.1949 und dem 7.9.1949 als nachkonstitutionelle zu behandeln seien, da auch bei ihnen dem unter der Geltung des GG tätig gewordenen Gesetzgeber der Vorwurf gemacht werde, er habe das GG verletzt.⁴³⁶⁾

Dies Ergebnis ist richtig, auch wenn man im übrigen der Theorie des BVerfG über das Wesen der Normenkontrolle des Art.100 Abs.1 nicht folgt.⁴³⁷⁾ Das GG war seit dem 24.5.1949 in Kraft (Art.145 Abs.2 GG). Das kann nur bedeuten, daß es von diesem Tage an mit verbindlicher Wirkung in Geltung war. Art.122 GG regelt lediglich die Ablösung der früheren Gesetzgebungsorgane durch die nach dem GG vorgesehenen Organe. Mag selbst die Bundesrepublik Deutschland erst am 7.9.1949 ins Leben getreten sein, das GG war dennoch seit dem 24.5.1949 als materielles Verfassungsrecht verbindlich geworden.⁴³⁸⁾

Es wäre daher nicht sinnvoll, einen anderen Begriff des vorkonstitutionellen Rechts zu bilden, als den des vor Inkrafttreten und damit Verbindlichwerden der Verfassung in Kraft getretenen Rechts.

Vorkonstitutionell sind demnach alle Gesetze aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des GG am 24.5.1949 bzw. in Bezug auf eine Landesverfassung solche, die vor dem Inkrafttreten der betreffenden Landesverfassung in Kraft getreten sind.

435) Vgl. die in Anm.494, 552 Zitierten, insbes. BVerfG, Beschl.v.9.11.1955 - 1 BvL 13/52, 1 BvL 21/52 - BVerfGE 4 S.331-352 (S.340 f)

436) BVerfG aaO S.339 ff; BVerfG, Beschl.v.19.3.1958 - 2 BvL 38/56 - BVerfGE 7 S.330-340 (S.335); insbes. auch schon SCHÄFER, NJW 1954 S.1-5 (S.3)

437) Auf diese sog. "Vorwerfbarkeitstheorie" (Ausdruck von ZEIDLER, DÖV 1960 S.23) braucht daher hier noch nicht eingegangen zu werden.

438) S.o.S. 10 f u. Anm.20 u. 23

Vorkonstitutionelle Gesetze, deren befristete Geltung nach dem 23.5.1949 verlängert wurde, werden dadurch nachkonstitutionell.⁴³⁹⁾

II. Darstellung der zur Frage der Bedeutung des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes für vorkonstitutionelles Recht vertretenen Meinungen

Es ist zwar unbestritten und auch unbestreitbar, daß alles Recht und damit auch das vorkonstitutionelle, dem allgemeinen richterlichen Prüfungsrecht, das durch Art.100 GG anerkannt und von Verfassungen wegen statuiert ist, unbeschränkt unterliegt; bis heute aber ist im Streit, ob das durch Art. 100 Abs.1 GG geschaffene **E n t s c h e i d u n g s m o - n o p o l** der Verfassungsgerichte auch **v o r k o n - s t i t u t i o n e l l e G e s e t z e**, deren Vereinbarkeit mit der geltenden Verfassung der Richter verneinen will, erfaßt.

- 1) 1.Meinung: Artikel 100 Absatz 1 des Grundgesetzes gilt auch für vorkonstitutionelles Recht

Die Meinung, auch vorkonstitutionelle Gesetze müßten im Falle des Art.100 Abs.1 GG dem BVerfG (bzw. dem Landesverfassungsgerichtshof) vorgelegt werden, ist wohl am ausführlichsten von v.MANGOLDT begründet worden⁴⁴⁰⁾: Aufgabe des BVerfG sei in erster Linie der **V e r f a s s u n g s - s c h u t z** und die **W a h r u n g d e r R e c h t s - e i n h e i t** - sowohl territorial wie fachlich. In einer sehr großen Zahl von Fällen sei die Vereinbarkeit älteren Rechts mit dem GG oder mit Bundesgesetzen fraglich. Es handle sich gerade hier oft um besonders schwierige und umstrittene Rechtsfragen. Gerade in diesen praktisch so wichtigen und zahlreichen Fällen komme es auf eine wirksame Sicherung der **R e c h t s e i n h e i t** und einen wirksamen

439) HAMANN, Art.100, C.2,S.350 f

440) V.MANGOLDT, Art.100,3.,S.540 f

V e r f a s s u n g s s c h u t z an. Gerade der IX. Abschnitt des GG diene der Verhütung der Rechtszersplitterung. Wenn zudem schon nach Abs.1 Satz 1 des Art.100 GG die Unvereinbarkeit eines späteren einfachen Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz das richterliche Prüfungsrecht begründe, so erfordere dies umso mehr der Gedanke der Rechtseinheit und des Verfassungsschutzes bei einer Unvereinbarkeit von älterem Bundesrecht oder älteren Landesverfassungen mit dem GG. Auch auf den nicht eindeutigen und in seiner Terminologie uneinheitlichen Wortlaut des Art.100 Abs.1 GG lasse sich keine gegenteilige Ansicht stützen, denn dort sei teils von "Verfassungswidrigkeit", teils von "Verletzung des Grundgesetzes", teils von "Unvereinbarkeit mit einem Bundesgesetz" die Rede. Wenn behauptet werde⁴⁴¹⁾, daß ältere Gesetze rein begrifflich nicht "verfassungswidrig" sein oder das Grundgesetz "verletzen" könnten, so schlage dies gegenüber der "Unvereinbarkeit" (Art.100 Abs.1 S.2 Halbsatz 2) nicht durch. "Unvereinbar" mit dem Grundgesetz könne auch älteres Recht sein, ebenso, wie nach der Terminologie des Art.123 Abs.1 GG älteres Recht dem Grundgesetz "widersprechen" könne. Das "Außer-Kraft-Gesetztsein" älteren Rechts trete erst als F o l g e der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz ein, worüber bindend u.U. erst das zuständige Verfassungsgericht entscheiden könne. Es könne daher nicht nur nachkonstitutionelles, sondern auch vorkonstitutionelles Recht "unvereinbar" mit dem Grundgesetz sein; der Wortlaut des Artikels 100 Abs.1 sei nach allem nicht eindeutig. Gegenüber dem für den ganzen IX.Abschnitt des Grundgesetzes leitenden Gedanken der Wahrung der Rechtseinheit könne die Stützung auf diesen nicht eindeutigen Wortlaut des Art.100 Abs.1 GG nicht ausreichen.⁴⁴²⁾ Auch aus Art.178 Abs.2 WRV, auf den sich die Gegenmeinung berufe⁴⁴³⁾, und aus dessen Auslegung lasse sich nichts

441) BACHOF, DVBl 1951 S.15; derselbe, DVBl 1951 S.110

442) V.MANGOLDT, aaO S.540 f

443) BACHOF, DVBl 1951 S.14 f

anderes herleiten, denn unter der WRV, wo ein richterliches Prüfungsrecht zunächst überhaupt nicht anerkannt worden sei, sei die Rechtslage eine völlig andere gewesen.

Zwar gibt v.MANGOLDT zu⁴⁴⁴⁾, daß gegen diese Auslegung des Art.100 Abs.1 GG wegen der starken Ausweitung des richterlichen Prüfungsrechts und der schweren Belastung der Verfassungsgerichte ernste rechtspolitische Bedenken geltend gemacht werden könnten. Diese Bedenken könnten aber eine auf rechtliche Gesichtspunkte gestützte Auslegung nicht in Frage stellen.

V.MANGOLDT schränkt dann seine Theorie, Art.100 Abs.1 müsse auch auf vorkonstitutionelle Gesetze Anwendung finden (sowie auch dann, wenn ein Landesgesetz gegen ein früheres Bundesgesetz verstoße), dadurch ein, daß nach seiner Ansicht das Prüfungsmonopol des Art.100 Abs.1 GG dann nicht eingreifen soll, wenn das GG, wie z.B. in Art.102, oder die Landesverfassung (oder das spätere Bundesgesetz) die betreffenden vorkonstitutionellen Gesetze ausdrücklich aufheben, da kaum angenommen werden könne, der Verfassungsgeber habe durch Art.100 Abs.1 GG auch völlig zweifelsfreie Fälle dem verfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopol unterwerfen wollen.⁴⁴⁵⁾

444) V.MANGOLDT, aaO S.541

445) V.MANGOLDT, aaO (S.541). Demgemäß ist weitgehend die Rspr. verfahren. So haben z.B. die Strafgerichte ohne weiteres die durch Art.102 GG erfolgte Änderung des § 211 StGB selbst festgestellt, ohne die Möglichkeit eines eventuellen verfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols überhaupt in Erwägung zu ziehen. Vgl. etwa OGH BZ, Urt.v.14.6.1949 - StS 23/49 - SJZ 1949 Sp.489-491. Ebenso hat der BGH (Urt.v.15.11.1951 - III ZR 21/51 - BGHZ 4 S.10-53 [S.48 f]) für die Rechtswegklausel des Art.14 Abs.3 S.4 GG selbst festgestellt, daß diese entgegenstehende Bestimmungen älterer Gesetze aufhebe und statt dessen selbst den Rechtsweg eröffne. Es handle sich dabei nicht darum, ob durch den Ausschluß des Rechtsweges in (dem dort in Frage stehenden) § 27 Abs.3 S.4 des Reichsleistungsgesetzes der Art.14 Abs.3 S.4 GG verletzt werde. Daher bedürfe es keiner Anrufung des Verfassungsgerichts gemäß Art.100 GG.

Zum gleichen Ergebnis gelangt HUFNAGL.⁴⁴⁶⁾ Bei der überragenden Bedeutung der Verfassung müsse angenommen werden, daß der Verfassungsgeber die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes allgemein und ausschließlich einem besonderen Verfassungsgericht habe anvertrauen wollen.⁴⁴⁷⁾ Denn man könne nicht von jedem Richter (und Verwaltungsbeamten) die erforderliche verfassungsrechtliche Schulung und Kenntnis des einschlägigen Schrifttums verlangen, die für die Entscheidung so wichtiger Fragen erforderlich seien. Außerdem bestünde bei einem Prüfungs- und Verwerfungsrecht des Instanzrichters die Gefahr, daß ein Gericht die Norm als im Widerspruch zum GG stehend nicht anwende, während ein anderes Gericht ihre Verfassungsmäßigkeit bejahe und sie anwende. Eine solche Rechtszersplitterung zu verhüten, liege im unbedingten Interesse der Rechtssicherheit, und es könne angenommen werden, daß der Verfassungsgeber diesen Erfolg mit Art.100 Abs.1 GG beabsichtigt habe.⁴⁴⁸⁾ Auf die verschiedenartige Diktion des Art.100 Abs.1 sei kein besonderes Gewicht zu legen, die Ausdrücke "verfassungswidrig" und "Verletzung der Verfassung" beruhten vielmehr auf rein sprachlichen Gründen. Hauptargument für die Anwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auch auf das vorkonstitutionelle Recht sei jedoch der Gedanke der Rechtssicherheit und der Rechtseinheit.⁴⁴⁹⁾

Nach IPSEN⁴⁵⁰⁾ folgt die Anwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auch auf sog. "Altnormen", die vor Inkrafttreten des GG ergangen sind, aus den Artt.123-125 GG.

Auch nach GEIGER⁴⁵¹⁾ gilt Art.100 Abs.1 für alle, also auch vorkonstitutionelle Gesetze, die nach den Artt.123-125 GG Bundesrecht oder sonst Landesrecht geworden seien.⁴⁵²⁾

446) HUFNAGL, DVBl 1951 S.277-278

447) HUFNAGL, aaO S.277 Sp.2

448) HUFNAGL, aaO

449) HUFNAGL, aaO S.278 Sp.2

450) IPSEN, Deutsche Landesreferate, S.817

451) GEIGER, DRiZ S.172-175 (S.174 Sp.2); GEIGER, BVGG, § 80, Bem.1, S.256

452) Für die Anwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auch auf vorkonstitutionelles Recht ohne Begründung ebenfalls E.WOLFF, DRZ 1950 S.1-6 (S.6 Sp.1)

In der R e c h t s p r e c h u n g wird ebenfalls teilweise die Meinung vertreten, Art.100 Abs.1 GG schließe zumindest ein Entscheidungsmonopol auch für das vorkonstitutionelle Recht nicht aus.

Insbesondere der B a y e r i s c h e V e r f a s s u n g s - g e r i c h t s h o f hat in ständiger Rechtsprechung im Rahmen seiner Prüfungszuständigkeit auch das Entscheidungsmonopol für vorkonstitutionelles Recht für sich in Anspruch genommen.⁴⁵³⁾ Zur Begründung führt der BayVerfGH an, auch vorverfassungsmäßiges Recht sei kein außerverfassungsmäßiges Recht, so daß daher auch (in Bezug auf die Bayerische Verfassung) vorkonstitutionelle (Landes-)Normen vom Inkrafttreten der BayVerf am 8.12.1946 an der ausschließlichen Normenkontrolle des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs unterlägen.⁴⁵⁴⁾ Immer, wenn die Bayerische Verfassung s e l b s t als Maßstab dafür entscheidend sei, ob (Landes-)Recht gültig sei, könne hierüber als Hauptfrage allein der Bayerische Verfassungsgerichtshof entscheiden.⁴⁵⁵⁾ Dies entspreche auch dem Grundgedanken des Art.100 GG.⁴⁵⁶⁾ Im übrigen sieht ^{sich} der Bayerische Verfassungsgerichtshof auch im Rahmen der Inzidentnormenkontrolle als Hüter der Verfassung.⁴⁵⁷⁾

-
- 453) BayVerfGH, Entscheidung vom 4.4.1950 - Vf 157 - VII - 49/206 - VII - 49 - DÖV 1950 S.342 f; Entscheidung v. 24.4.1950 - Vf 42,54,80,88 - VII - 48/Vf 9,118 - VII - 49 - BayVerfGHE n.F. 3 (1950) S.28-53 (S.44); Entscheidung v.30.6.1950 - Vf 241 - V - 49 - BayVerfGHE n.F.3 (1950) S.90-95 (S.90,92) = DÖV 1951 S.77 f; Entscheidung v.10.3.1951 - Vf 192,199 - VII - 49/Vf 42, 60,122 - VII - 50 - in BayGVBl 1951 S.43-56 (S.49 f); Entscheidung v.13.4.1951 - Vf 167 - V - 50 - VwRspr Bd.4 (1952) S.13-26 (S.18 ff,19 f) mit kritischer Anmerkung von APELT, aaO S.26 f; Entscheidung v.1.2.1952 - Vf 101 - VII - 51 - BayVerfGHE n.F.Bd.5 (1952) S.13-19 (S.13,Leitsatz 1 u. S.16); zustimmend zu dieser Rspr NAWIASKY-LECHNER, BayV, Erg.Bd., zu Art.65, Bem.3 (S.60 f); auch SCHÄFER, NJW 1954 S.1-5 (S.4 Sp.1 oben); MAUNZ, Dt.Staatsrecht, § 26, II 3 b, aa, S.229
- 454) Entscheidung v.24.4.1950 (BayVerfGHE n.F.Bd.3 [1950], S.44)
- 455) Entscheidungen v.30.6.50 (BayVerfGHE n.F.Bd.3 [1950], S.92); v.13.4.1951 (VwRspr Bd.4 [1952] S.18 ff,19 f); u.v.1.2.1952 (BayVerfGHE n.F.Bd.5 [1952], S.13,16)
- 456) Entscheidung v.30.6.1950 aaO
- 457) Entscheidung v.13.4.1951 (VwRspr Bd.4 [1952], S.18 ff, 19 f)

Auch der V e r f a s s u n g s g e r i c h t s h o f
f ü r R h e i n l a n d - P f a l z hat das Entscheidungs-
monopol innerhalb des konkreten Normenkontrollverfahrens
auch für vorkonstitutionelles Recht für sich beansprucht.⁴⁵⁸⁾

Der B G H ist in einem Gutachten vom 25.1.1952⁴⁵⁹⁾
gleichfalls davon ausgegangen, daß das vorkonstitutionelle
Impfgesetz gegebenenfalls nach Art.100 Abs.1 GG dem BVerfG
vorgelegt werden müsse.

Das Vorlagegericht bei der Entscheidung des BVerfG vom 6.
10.1959 (- 1 BvL 25/59 - in NJW 1959 S.2107) wollte die
Anwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auch auf vorkonstitutio-
nelles Recht mit der Begründung bejahen, daß den Gerich-
ten um der Autorität des Staates willen zur Gewährleistung
einer einheitlichen Auslegung des GG die gleichen Möglich-
keiten gegeben werden müßten wie den Staatsorganen bei der
abstrakten Normenkontrolle nach Art.93 Abs.1 Ziffer 2 GG,
die Entscheidung des BVerfG herbeizuführen. Die Gerichte
müßten daher wie die in Art.93 Abs.1 Ziffer 3 bezeichneten
Staatsorgane auch vorkonstitutionelles Recht vorlegen
können.

2) Die Gegenmeinung: Artikel 100 Absatz 1 des Grundgesetzes
gilt nicht für vorkonstitutionelles Recht

Gegenüber den Meinungen, die das verfassungsgerichtliche
Entscheidungsmonopol des Art.100 Abs.1 GG auch für das
vorkonstitutionelle Recht fordern, wird wohl überwiegend
mit Nachdruck die Ansicht vertreten, Art.100 Abs.1 GG sei
nur für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit n a c h -

458) Urt.v.3.12.1947 - 4/47 - Rhld/PfVBl 1948 S.222 = LT -
Drucks.Nr.III/454 S.359; Entscheidung v.10.12.1947 -
7/47 - Rhld/PfVBl 1948 S.221 = LT-Drucks.III/454
S.362 (zitiert nach SCHÄFER, JZ 1951 S.58 f); zustim-
mend auch SCHÄFER, NJW 1954 S.4 Sp.1 oben.
Dieser Ansicht scheint auch das OLG Neustadt zu sein
(Beschl.v.31.10.1950 - Ws 75/50 - DVBl 1951 S.319-321)

459) Gutachten v.25.1.1952 - VRG 5/51 - BGHSt 4 S.375-379

konstitutioneller Normen anwendbar.⁴⁶⁰⁾

BACHOF sagt⁴⁶¹⁾, schon der Wortlaut des Art.100 Abs.1 GG spreche gegen die Anwendbarkeit auf vorkonstitutionelles Recht. Wenn in Art.100 Abs.1 GG von einem "verfassungswidrigen" Gesetz und von einer "Verletzung" des GG oder einer Landesverfassung die Rede sei, so erhellte daraus, daß es sich nur um einen Verstoß gegen eine zur Zeit dieses Verstoßes bereits bestehende Ranghöhere Norm handeln könne. Niemals habe man, wenn ein älteres Gesetz durch ein (gleich- oder höherrangiges) jüngeres Gesetz außer Kraft gesetzt wurde, davon gesprochen, daß das ältere Gesetz das jüngere nunmehr "verletze". Ein außer Kraft getretenes Gesetz könne nicht mehr "verletzen" oder mit dem jüngeren Gesetz "unvereinbar" sein, da es eben kraft der derogierenden Wirkung des jüngeren Gesetzes aufgehört habe zu bestehen. Damit nehme aber der Wortlaut des Art.100 Abs.1 GG ganz offensichtlich auf das

460) So in der Lit.: BACHOF, DVBl 1951 S.13-15; derselbe, DVBl 1951 S.110; JELLINEK, LAUN-Festschr.S.269-274 (S.271 ff); ZINN, Rechtspflege, S.55 f; MAUNZ, Dt. Staatsrecht § 26, II 3 b, aa, S.230; HAMANN, GG, Art.100, C.2, S.350; TIETZ, AöR Bd.77 S.336 f; ENGELHARDT, JöR n.F.Bd.8 S.102 ff (S.114); PAULICK, FamRZ 1956 S.47-50; GÖTZ, NJW 1960 S.1177-1182 (S.1178); SCHÄFER, NJW 1954 S.1-5 (S.3); derselbe, JZ 1951 S.199-204 (S.202); MICHEL, NJW 1960 S.841-846 (S.842 f).
Aus der Rspr: BVerfG, Urt.v.24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S.124-135; BVerfG, Beschl.v.4.3.1953 - 1 BvL 5/52 - JZ 1953 S.312; BVerfG, Beschl.v.26.2.1954 - 1 BvO 2/53 - BVerfGE 3 S.354-357 (S.356); BVerfG, Beschl.v.11.5.1955 - 1 BvO 1/54 - BVerfGE 4 S.178-190 (S.188 f) = NJW 1955 S.945; BVerfG, Beschl.v.9.11.1955 - 1 BvL 13/52, 1 BvL 21/52 - BVerfGE 4 S.331-352 (S.339 f); BVerfG, Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 13/58 - DÖV 1960 S.23 mit Anm.ZEIDLER, aaO S.23 ff; BVerfG, Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 25/59 - NJW 1959 S.2107 f; BGH, Urt.v.17.4.1953 - V ZR 116/52 (Frankfurt) - NJW 1953 S.983 f; BVerwG, Urt.v.13.3.1957 - V C 26/56 - BVerwGE 4 S.332-338 (S.335); Württ.-BadVerwGH, Urt.v.10.3.1949 - II 40/49 - DÖV 1950 S.346-349 (S.347); Württ.-BadVerwGH, Urt.v.14.6.1951 - 1 S.III 96/50 - DVBl 1951 S.760-762 (S.762); LVG Hannover, Urt.v.14.2.1951 - I 669/50 - DVBl 1951 S.389 f

461) BACHOF, DVBl 1951 S.13-15 (S.14 f)

Bezug, was man herkömmlicherweise unter dem "richterlichen Prüfungsrecht" verstanden habe: die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Legislativakten. Die Befugnis zur Prüfung der Weitergeltung älteren Rechts im Hinblick auf etwa entgegen - stehendes jüngerer Recht sei dagegen schon unter der Geltung der WRV als unproblematisch erachtet worden, denn es habe seit jeher zur unbestrittenen Zuständigkeit aller Gerichte gehört, das Außerkrafttreten älteren Rechts durch jüngerer Recht zu prüfen und festzustellen; es wäre daher schon aus diesem Grunde verwunderlich, hätte das GG dieses Recht bei den Verfassungsgerichten monopolisieren und den übrigen Gerichten entziehen wollen.⁴⁶²⁾ Zur Zeit der WRV habe man in Art.178 Abs.2 geradezu einen Auftrag zu solcher Prüfung erblickt.

Auch durch die Materialien zum GG sieht BACHOF seine Ansicht unterstützt. Zwar sei in ihnen zu der hier aufgeworfenen Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen worden, doch sei bei den Erörterungen des Parlamentarischen Rates über den später in Art.100 GG geregelten Fragenkomplex Ausgangspunkt die "richterliche Prüfungszuständigkeit", also die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetzen, gewesen.⁴⁶³⁾

Auch daraus, daß die ursprüngliche Verbindung der Zuständigkeiten des BVerfG in den Fällen der a b s t r a k t e n Prüfung (Art.93 Abs.1 Ziffer 2 GG) und der I n z i d e n t - prüfung (Art.100 Abs.1 GG), wie sie im damaligen Art.128 b Abs.1 Ziffer 3 des Entwurfs vorhanden war⁴⁶⁴⁾, später fallen gelassen wurde, schließt BACHOF⁴⁶⁵⁾, daß dies nicht zufällig geschehen sei und daher beweise, daß die richterliche Prüfungszuständigkeit des Art.100 GG, ausgehend von der richterlichen Prüfungszuständigkeit im herkömmlichen Sinne, nur die richterliche Prüfungszuständigkeit für die Rechtmäßigkeit von Akten der (n a c h -) k o n s t i - t u t i o n e l l e n Legislative habe regeln wollen, daß

462) BACHOF, DVBl 1951 S.14 Sp.2 unten

463) BACHOF, DVBl 1951 S.15 Sp.1

464) PR, Verhandlungen des HA, S.274,462

465) BACHOF, aaO

also Art.100 Abs.1 GG nur das geregelt habe, was zur Zeit der WRV streitig gewesen war.⁴⁶⁶⁾

Im übrigen würde sich nach BACHOF⁴⁶⁷⁾ eine ganz erhebliche Belastung der Verfassungsgerichte und in vielen Fällen eine bedenkliche Verzögerung der Rechtsprechung ergeben, wenn bei jeder älteren Rechtsnorm, die durch die derogierende Kraft einer späteren Landesverfassung oder des Grundgesetzes - sowie bei jedem Landesgesetz, das durch die derogierende Kraft eines späteren Bundesgesetzes außer Kraft gesetzt worden wäre bzw. künftig würde - das Außerkrafttreten erst durch ein Verfassungsgericht ausdrücklich festgestellt werden müßte.⁴⁶⁸⁾ Art.100 Abs.1 GG müsse daher so verstanden werden, daß ein Gericht nur dann sein Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen habe, wenn es ein nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes bzw. der betreffenden Landesverfassung ergangenes Gesetz für verfassungswidrig (oder ein nach dem Inkrafttreten eines Bundesgesetzes ergangenes Landesgesetz mit jenem Bundesgesetz für unvereinbar) halte.⁴⁶⁹⁾

Wenn auch das GG nicht, wie z.B. Art.92 Abs.2 der württ.-bad. Verfassung, eine derartige ausdrückliche Einschränkung enthalte, so müsse dies nicht als sachliche Differenzierung angesehen werden, sondern ergebe sich daraus, daß man eine solche Einschränkung beim Grundgesetz im

466) BACHOF, DVBl 1951 S.110

467) BACHOF, DVBl 1951 S.14 Sp.2

468) Diese Möglichkeit ist tatsächlich in der Rspr gar nicht in Erwägung gezogen worden, etwa für den Fall des Art. 102 GG, wo die Gerichte ohne weiteres die durch diesen erfolgte Änderung des § 211 StGB selbst feststellten. Vgl. die in Anm.445 zitierten Entscheidungen.

469) BACHOF, DVBl 1951 S.15 Sp.2

Hinblick auf die bisher unstrittige richterliche Befugnis zur Feststellung der Derogationswirkung des jüngeren Gesetzes für entbehrlich und überflüssig gehalten habe, ebenso wie bei den übrigen Landesverfassungen.

Zum gleichen Ergebnis ist JELLINEK⁴⁷⁰⁾ (allerdings für die Bestimmungen über die Inzidentprüfung in der hessischen Verfassung) gelangt. Hier hatte der Verfassungsgeber sogar im ursprünglichen Entwurf der hessischen Verfassung eine ausdrückliche Einschränkung nur für nachkonstitutionelle Gesetze vorgenommen und diese dann später in der endgültigen Fassung aufgegeben - was gerade weit eher als die Entstehungsgeschichte des Art.100 GG auf die Anwendbarkeit auch auf vorkonstitutionelles Recht hindeuten müßte.⁴⁷¹⁾ JELLINEK begründet seine Ansicht damit⁴⁷²⁾, in Deutschland sei das richterliche Prüfungsrecht nur wegen der Identität des Gesetzgebers und des Verfassungsgesetzgebers zweifelhaft gewesen, da derselbe Reichstag und Reichsrat, die einfache Gesetze zu beschließen hatten, auch über verfassungsändernde Gesetze beschlossen, wenn auch mit dem Erfordernis einer erhöhten Mehrheit. Der Richter habe nicht von diesen Abstimmungsverhältnissen als einer inneren Angelegenheit der beiden Versammlungen die Gültigkeit eines Gesetzes abhängig machen sollen.⁴⁷³⁾ Solche Erwägungen seien aber bei erstmaliger Wiedereinführung einer Verfassung nur bei künftigen, nicht bei früheren Gesetzen möglich. Frühere Gesetze unterlägen vielmehr einfach der Regel, daß das spätere Gesetz dem früheren vorgehe, also auch die Verfassung den vor ihrem Inkrafttreten ergangenen Gesetzen.

470) JELLINEK, LAUN-Festschr. S.269-274 (S.271 ff); zustimmend BACHOF, DVBl 1951 S.110 u. ZINN, Rechtspflege, S.55 f

471) Vgl. BACHOF, DVBl 1951 S.110; vgl. auch Art.133 der Hessischen Verfassung, der keine Einschränkung mehr enthält.
Vgl. dazu auch BVerfG, Urt.v.20.3.1952 (s.o.Anm.425), BVerfGE 1 S.184-201 (S.198 ff) u. Urt.v.24.2.1953 (Anm.426); BVerfGE 2 S.124-135 (S.132 ff)

472) JELLINEK, LAUN-FESTSCHR.S.271

473) Vgl. zur Problematik des richterlichen Prüfungsrechts im Hinblick auf das Verhältnis Gesetzgeber - Richter und das Gewaltenteilungsprinzip SPANNER S.49 ff

Der gleichen Ansicht sind ZINN und v.BRENTANO.⁴⁷⁴⁾ Im Übrigen ist, worauf ZINN hinweist, schon der 34.Deutsche Juristentag 1926 in Köln davon ausgegangen, daß die damals vorgeschlagenen Vorschriften über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch den dafür in Aussicht genommenen Reichsstaatsgerichtshof sich logisch und systematisch nur auf Gesetze beziehen könnten, die n a c h dem Inkrafttreten und auf Grund der Verfassung erlassen seien.⁴⁷⁵⁾ Die Prüfung der Frage, ob ein Gesetz durch ein späteres (Verfassungs-)Gesetz a u f g e h o b e n ist, stand zur Zeit der WRV unbestritten den Gerichten zu.⁴⁷⁶⁾

Ferner verneint auch FIGGE die Anwendbarkeit des durch Art.100 Abs.1 GG geschaffenen verfassungsgerichtlichen Prüfungsmonopols auf vorkonstitutionelle Gesetze.⁴⁷⁷⁾ Denn grundsätzlich habe das Grundgesetz ein f r e i e s P r ü f u n g s r e c h t d e r e r k e n n e n d e n G e r i c h t e anerkannt, sowohl in positiver wie in negativer Hinsicht. Nur in den in Art.100 GG aufgezählten Fällen bestehe ein bedingtes Entscheidungsmonopol des BVerfG bzw. der Landesverfassungsgerichtshöfe, wenn n e g a t i v entschieden werden solle. Dagegen hätten i n a l l e n a n d e r e n F ä l l e n die Gerichte in positiver u n d negativer Hinsicht frei zu entscheiden, und zwar auch, wenn es fraglich sei, ob ein früheres Gesetz der früheren Verfassung entsprach⁴⁷⁸⁾, und auch dann, wenn zu entscheiden sei, ob ein älteres Gesetz durch das Grundgesetz oder eine neue Landesverfassung abgeändert worden sei, z.B. das ältere Strafrecht durch Art.102 GG oder die StPO

474) ZINN, Rechtspflege S.55 f; v.BRENTANO, schriftl.Bericht, S.68

475) Vgl. die Äußerungen von ANSCHÜTZ und MENDE auf dem 34. Deutschen Juristentag (Verhandlungen des 34.Deutschen Juristentages, Bd.II S.196-212 [S.209 f] u. S.213-235 [S.217]); vgl. dazu auch BACHOF, DVBl 1951 S.14 f

476) SONDERLAND, Diss.,S.6: Der Grundsatz lex posterior derogat legi priori galt immer unbestritten. Vgl. im übrigen die in Anm.530,538 Zitierten; insbes. BACHOF, DVBl 1951 S.14 f

477) FIGGE, MDR 1953 S.391-393 (S.391)

478) Vgl. dazu auch BGH, Urt.v.10.7.1952 - III ZR 162/51 (Hamburg) - NJW 1952 S.1139

durch Art.104 GG. Das Grundgesetz habe den Gerichten die Befugnis zur Feststellung der Derogationswirkung älteren Rechts durch jüngerer nicht entziehen wollen.⁴⁷⁹⁾

Zum gleichen Ergebnis gelangt HOLT KOTTEN⁴⁸⁰⁾, der sich im wesentlichen den Argumenten JELLINEKs anschließt. Die spezifische Problematik der richterlichen Prüfung von Gesetzen rühre daher, daß es sich gegenständlich handle um die Prüfung von Akten, die von der in der geltenden Verfassung statuierten Legislative gesetzt seien. Dabei sei von entscheidender Bedeutung das verfassungsmäßig geregelte Verhältnis der Gesetzgebung zur Rechtsprechung. Diese Problematik könne sich für vorkonstitutionelle Gesetze gar nicht ergeben. Bei ihnen komme es ausschließlich an auf die Stellung, die den Gerichten nach der Verfassung im gesamten zukomme. Diese sei aber nach dem GG dadurch gekennzeichnet, "daß die Gerichte als die Organe der 3., der rechtsprechenden Gewalt, Rechtsschutz in denkbar weitestem Umfange üben sollen."⁴⁸¹⁾

Das gleiche gelte entsprechend für das Verhältnis früheren Rechts zu den Landesverfassungen. Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes⁴⁸²⁾, der auch für vorkonstitutionelles Recht das Entscheidungsmonopol beansprucht, begegne daher schweren Bedenken.⁴⁸³⁾

HOLT KOTTEN macht allerdings eine bedeutsame Einschränkung (auf die später zurückzukommen sein wird). Er sagt nämlich, Art.100 Abs.1 S.2 GG könne vernünftigerweise nur den Sinn haben, daß dem vollen Prüfungsrecht jedes einzelnen Richters nicht unterliegen solle das Lan-

479) FIGGE, MDR 1953 S.391; vgl. schon oben, BACHOF, DVBl 1951 S.14 f (Anm.469,470)

480) HOLT KOTTEN, BK, Art.100, II. Erl. A, 2a, S.150 f; nicht ganz verständlich, da anscheinend hierzu im Widerspruch stehend, sind die Ausführungen zu Art.123, II. Erl. 6, S.9, wo neben Art.93 Abs.1 Ziff.2 GG ausdrücklich noch Art.100 Abs.1 GG genannt wird.

481) V.BRENTANO, schriftl. Bericht, S.68

482) S.o.die in Anm.453 zit. Entscheidungen

483) HOLT KOTTEN, BK, Art.100, II. Erl. A, 2b, S.152

des verfassungsrecht eines Landes, auch wenn es vor dem Erlass des GG ergangen, also vorkonstitutionell sei.⁴⁸⁴⁾

Das B V e r f G hat in ständiger Rechtsprechung von seinem Entscheidungsmonopol nach Art.100 Abs.1 GG das vorkonstitutionelle Recht ausgeschlossen.⁴⁸⁵⁾

Aus dem W o r t l a u t des Art.100 Abs.1 läßt sich dabei nach Ansicht des BVerfG⁴⁸⁶⁾ noch nichts entnehmen, weder für, wie BACHOF meint⁴⁸⁷⁾, noch gegen die Anwendbarkeit auf vorkonstitutionelles Recht. Der Wortlaut stehe zumindest der Annahme der Unanwendbarkeit auf vorkonstitutionelles Recht nicht entgegen. Die Ausdrücke "Verletzung" und "verfassungswidrig" deuteten sogar darauf hin, daß der Grundgesetzgeber nur an Gesetze gedacht habe, die gegen eine bereits bestehende höhere Norm verstießen.⁴⁸⁸⁾

Der tragende Grundgedanke, den das BVerfG zur Begründung der Unanwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auf vorkonstitutionelles Recht herausgearbeitet hat und der die gesamte Auslegung des Art.100 Abs.1 durch das BVerfG beherrscht,

-
- 484) HOLTKOTTEN, aaO, II. Erl. A 3, S.156 f; dagegen SCHÄFER, NJW 1954 S.1-5 (S.4); BVerfG, Urt.v.20.3.1952 - 1 BvL 12,15,16,24,28/51 - BVerfGE 1 S.184-201 (S.190 ff); (das Wort "Landesrecht" in Art.100 Abs.1 S.2 diene n u r der Unterscheidung vom Bundesrecht).
- 485) BVerfG, Urt.v.24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S.124-135; Beschl.v.26.2.1954 - 1 BvO 2/53 - BVerfGE 3 S.354-357; Beschl.v.11.5.1955 - 1 BvO 1/54 - BVerfGE 4 S.178-190 (S.188 ff) = NJW 1955 S.945; Beschl.v.9.11.1955 - 1 BvL 13/52, 1 BvL 21/52 - BVerfGE 4 S.331-352 (S.338 ff); Beschl.v.19.2.1957 - 1 BvL 13/54 - DÖV 1957 S.712-715 mit Anm. BACHOF (S.715); Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 25/59 - NJW 1959 S.2107 f; Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 13/58 - NJW 1959 S.2108; = DÖV 1960 S.23
- 486) BVerfG, Urt.v.24.2.1953 (siehe vorige Anm.), BVerfGE 2 S.124-135 (S.131 f); diese Feststellung treffen auch v.MANGOLDT, Art.100,3.,S.541 u. HUFNAGL, DVBl 1951 S.277 f, die dann hierauf allerdings ihre der des BVerfG entgegengesetzte Meinung aufbauen.
- 487) BACHOF, DVBl 1951 S.14 f
- 488) BVerfG, Urt.v.24.2.1953 (s.o. Anm.485) BVerfGE 2 S.124-135 (S.131 f)

kann mit ZEIDLER⁴⁸⁹⁾ als sog. "Vorwerfbarkeitstheorie" bezeichnet werden. Es handelt sich hier letztlich um eine Präzisierung der von BACHOF, JELLI-NEK⁴⁹⁰⁾, ZINN⁴⁹¹⁾, v.BRENTANO⁴⁹²⁾ und HOLTKOTTEN^{492a)} angeführten, bereits in der Weimarer Zeit anerkannten Argumente.⁴⁹³⁾

Aufgabe des BVerfG sei es demnach, "zu verhüten, daß jedes einzelne Gericht sich über den Willen des Bundes- oder Landesgesetzgebers hinwegsetze, indem es die von ihnen beschlossenen Gesetze nicht anwendet, weil sie nach Auffassung des Gerichts gegen das Grundgesetz oder die bundesstaatliche Rangordnung von Bundes- und Landesrecht verstoßen".⁴⁹⁴⁾ Werde dagegen die Vereinbarkeit eines früheren Gesetzes mit dem GG verneint, so werde dadurch nicht die Autorität des früheren Gesetzgebers geschmälert, da die Prüfung eines Gesetzes auf seine Vereinbarkeit mit einer später erlassenen Verfassung gerade die ursprüngliche Rechtswirksamkeit der zu prüfenden Norm voraussetze, sich daher nicht über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetze⁴⁹⁵⁾, sondern lediglich objektiv festgestellt werde, daß der spätere gesetzgeberische Wille dem abweichenden früheren gesetzgeberischen Willen vorgehe.

489) ZEIDLER, DÖV 1960 S.23-25 (S.23)

490) S.o.Anm.470

491) S.o. Anm.474

492) S.o. Anm.474

492a) S.o.Anm.480

493) S.o. Anm.475,476

494) BVerfG, Urt.v.20.3.1952 - 1 BvL 12,15,16,24,28/51 - BVerfGE 1 S.184-201 (S.197 f); Urt.v.24.2.1953 (s.o. Anm.485) BVerfGE 2 S.124-135 (S.129); ferner BVerfG, Beschl.v.9.11.1955 - 1 BvL 13/52, 1 BvL 21/52 - BVerfGE 4 S.331-352 (S.340); BVerfG, Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 13/58 - DÖV 1960 S.23

495) BVerfG, Urt.v.24.2.1953 (S.o.Anm.485), BVerfGE 2 S.124-135 (S.129). Das BVerfG hat diese sog. "Vorwerfbarkeitstheorie" allerdings überspannt, indem es soweit ging, sich nur noch dann als zuständig anzusehen, wenn das erkennende Gericht nicht in eigener Zuständigkeit die Norm für nichtig erklären kann, weil sie schon aus irgendeinem anderen Grunde nicht rechtsgültig ist. Für diesen Fall soll es auf den "Vorwurf" des verfassungswidrigen Verhaltens des Gesetzgebers nicht ankommen. Ganz deutlich wird diese Tendenz im Beschl.v.23.7.1958 - 1 BvL 112/53 - BVerfGE 8 S.99-102 (S.101 f); BVerfG, Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 13/58 - DÖV 1960 S.23; vgl. insbes.hierzu die berechtigte Kritik von ZEIDLER, DÖV 1960 S.23-25

Daß der spätere gesetzgeberische Wille sich dabei zugleich in einer ranghöheren Norm kundtue, sei für die Beantwortung der Frage, ob das frühere Gesetz mit dem späteren übereinstimme, ohne Bedeutung. Die Frage, ob die Gerichte die Vereinbarkeit von früherem Recht mit dem GG zu prüfen befugt seien, sei daher ein Problem der Kollision zwischen älterem und jüngerem Recht.⁴⁹⁶⁾

Außerdem trete bei der Normenkontrolle nach Art.100 GG die Aufgabe des BVerfG als Hüter der Verfassung zurück, denn Art.100 Abs.1 wolle seinem Wortlaut nach die Gerichte nicht etwa von der Prüfung und Entscheidung aller verfassungsrechtlichen Fragen ausschließen und hierfür die Zuständigkeit des BVerfG begründen.⁴⁹⁷⁾

Auch die Erwägung, daß für die Prüfung älteren Rechts an M a ß s t a b e d e s G G andere Grundsätze gelten müßten als für die Prüfung, ob ein früheres Gesetz durch ein späteres außer Kraft gesetzt oder geändert worden sei⁴⁹⁸⁾, sei nicht zutreffend.⁴⁹⁹⁾ Wenn auch das GG überwiegend a l l g e m e i n e Regelungen enthalte und im wesentlichen nur allgemeine Grundsätze und keine erschöpfenden Spezialbestimmungen für sämtliche Bereiche der staatlichen Ordnung aufstelle, so habe dennoch diese besondere Bedeutung und dieser besondere Inhalt des Grundgesetzes n i c h t dazu geführt, die Auslegung der Verfassung allgemein den Gerichten zu entziehen und sie allein dem BVerfG zu übertragen.⁵⁰⁰⁾ Jedes Gericht könne vielmehr grundsätzlich in e i g e n e r Zuständigkeit entscheiden, daß Gesetze mit dem Grundgesetz v e r e i n b a r seien. Wenn

496) BVerfG, Urt.v.24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S.124-135 (S.130)

497) BVerfG, Urt.v.20.3.1952 (s.o. Anm.494), BVerfGE 1 S.184-201 (S.197); Urt.v.24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S.124-135 (S.130 f). Hüter der Verfassung ist das BVerfG in den Fällen des Art.93 Abs.1 Ziff.2 GG.

498) So HUFNAGL, DVBl 1951 S.277 (s.o.S.130 f)

499) BVerfG, Urt.v.24.2.1953, BVerfGE 2 S.130

500) BVerfG aaO S.130 f

daher die Gerichte befugt seien, bei d i e s e r Entscheidung j e d e Verfassungsnorm s e l b s t auszulegen und in ihrer Tragweite abzugrenzen, so könne der Umstand, daß viele Verfassungsnormen generelle Regelungen seien, nicht Anlaß dafür gewesen sein, für die in Art.100 GG bezeichneten Fälle dem BVerfG ein Entscheidungsmonopol vorzubehalten.⁵⁰¹⁾

Die Gefahr der Rechtszersplitterung, die einer solchen Auslegung von der Gegenseite vorgeworfen werde⁵⁰²⁾, werde sich in dem Maße vermindern, in dem die verfassungsrechtlichen Zweifelsfragen von der Rechtsprechung geklärt würden. Im Übrigen könnten jederzeit nach Art.93 Abs.1 Ziffer 2 GG die dort genannten Verfassungsorgane die Frage der Vereinbarkeit auch v o r k o n s t i t u t i o n e l l e n Rechts mit dem GG dem BVerfG unmittelbar zur Entscheidung vorlegen, so daß bei allen wirklich wichtigen Fragen eine ernste Gefahr der Rechtszersplitterung nicht bestehe.⁵⁰³⁾

Schließlich bietet nach Ansicht des BVerfG⁵⁰⁴⁾ die E n t - s t e h u n g s g e s c h i c h t e der Normenkontrollvorschriften des GG den Beleg dafür, daß das Prüfungsmonopol des BVerfG sich nur auf nachkonstitutionelle Normen erstrecken könne; die richterliche Prüfungszuständigkeit für vorkonstitutionelle Normen sei zur Zeit der WRV nie ernstlich bestritten gewesen.⁵⁰⁵⁾ Aus der Entstehungsgeschichte

501) BVerfG aaO

502) Z.B. HUFNAGL, DVBl 1951 S.277 f; v.MANGOLDT, Art.100, 2., S.537 f u.3., S.540 f

503) BVerfG, Beschl.v.20.3.1952 - 1 BvL 14/52 - BVerfGE 1 S.202-208 (S.206); ferner BVerfG, Urt.v.20.3.1952 - 1 BvL 12,15,16,24,28/51 - BVerfGE 1 S.184-201 (S.196 ff, 199); BVerfG, Urt.v.24.2.1953 (Anm.497) BVerfGE 2 S.124-135 (S.131); BVerfG, Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 25/59 - NJW 1959 S.2107. Für den E i n - z e l n e n bestehe im übrigen auch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde.

504) BVerfG, Urt.v.24.2.1953, BVerfGE 2 S.124-135 (S.132 ff); vgl. auch die in Anm.587 Zitierten

505) Vgl. dazu auch oben S. 137f u. Anm.475, 476

des Grundgesetzes könne nichts dafür entnommen werden, daß von dieser Rechtsauffassung abgewichen werden sollte. Es ergebe sich auch kein Anhaltspunkt dafür, daß die ausdrückliche Zuständigkeitsregelung in der Frage der Prüfung vorkonstitutionellen Rechts, wie sie noch Art.139 b a des Entwurfs in der Fassung der 3.Lesung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates⁵⁰⁶⁾ (dem jetzigen Art.126) gehabt habe, später deshalb aufgehoben worden sei, weil man der Ansicht gewesen wäre, die Zuständigkeit des BVerfG zur Prüfung früheren Rechts auf seine Vereinbarkeit mit dem GG ergebe sich ohnehin schon aus Art.100 Abs.1 GG.⁵⁰⁷⁾

Angesichts des maßgeblichen Anteils, den die Abgeordneten ZINN und v.BRENTANO an der Formulierung des Art.100 Abs.1 GG gehabt hätten, müsse auch deren Ansicht, daß Art.100 Abs.1 die allgemeine richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber vorkonstitutionellen Gesetzen nicht habe beschränken sollen⁵⁰⁸⁾, besonderes Gewicht beigegeben werden.⁵⁰⁹⁾

Diese sog. "Vorwerfbarkeitstheorie" des BVerfG wird auch im Schrifttum weitgehend anerkannt.⁵¹⁰⁾

Wenn man mit dem BVerfG die Trennung zwischen vorkonstitutionellem und nachkonstitutionellem Recht macht, so ergibt sich allerdings ein bedeutsames weiteres Problem, das

506) Parl.Rat, Drucks.Nr.751 v.2.5.1949; Nr.751 a v.3.5.1949 u. Nr.840 v.5.5.1949, S.234 f

507) BVerfG, Urt.v.24.2.1953 (s.o. Anm.497), BVerfGE 2 S.124-135 (S.134)

508) V.BRENTANO, schriftl.Bericht, S.68; ZINN, Rechtspflege, S.55 f; vgl. auch BACHOF, DVBl 1951 S.110: "Die Ansicht ZINN's ... hat umso höheres Gewicht, als ZINN bei den einschlägigen Beratungen des Parlamentarischen Rates eine maßgebende Rolle gespielt hat."

509) BVerfG aaO (Anm.507)

510) Vgl. außer den oben schon genannten (insbes. HOLTKOTTEN und BACHOF): ARNDT, DVBl 1952 S.1-5 (S.4); ZEIDLER, DÖV 1960 S.23-25; ZINN, Rechtspflege, S.55 f; GÖTZ, NJW 1960 S.1177-1182 (S.1178 f); APELT, Anm. zur Entscheidung des BayVerfGH v.13.4.1951 in VwRspr Bd.4 (1952) S.26 f; ferner auch KIEFERSAUER, JR 1952 S.81-90 (S.83)

insbes. in der späteren Rechtsprechung des BVerfG⁵¹¹⁾ sogar zu einem Kernproblem bei der Auslegung des Art.100 Abs.1 GG wurde: unter welchen Voraussetzungen nämlich ein an sich vorkonstitutionelles Gesetz durch Bestätigung seitens des nachkonstitutionellen Gesetzgebers selbst zum nachkonstitutionellen Gesetz wird und damit wieder in das verfassungsgerichtliche Prüfungsmonopol fällt.

Ziel dieser Untersuchung ist es n u r , die Frage nach der Anwendbarkeit des durch Art.100 Abs.1 GG geschaffenen verfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols auf vorkonstitutionelles Recht zu beantworten. Dabei mußte notwendig auch der Begriff des vorkonstitutionellen Rechts festgelegt werden. Zwar steht die Frage, w a n n ein vorkonstitutionelles Gesetz durch Bestätigung durch den nachkonstitutionellen Gesetzgeber selbst nachkonstitutionell wird, hiermit in einem sehr engen Zusammenhang. Dennoch bleibt sie ein eigenes, hier auszuschheidendes Problem. Hier ist daher nur zu untersuchen, o b eine Sonderbewertung vorkonstitutionellen Rechts in Frage kommt,

Auf das Problem wird kurz noch bei der Auseinandersetzung mit den der Ansicht des BVerfG entgegengesetzten Auffassungen zu Art. 100 zurückzukommen sein⁵¹²⁾, da gerade die Schwierigkeit der sich hier ergebenden Fragen als Argument gegen die Unanwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auf das vorkonstitutionelle Recht verwandt werden könnte.⁵¹³⁾

511) Vgl. etwa nur BVerfG, Beschl.v.17.1.1957 - 1 BvL 4/54 - BVerfGE 6 S.55-84; Beschl.v.17.12.1958 - 1 BvL 10/56 - BVerfGE 9 S.39-63 (S.46 ff); Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 25/59 - NJW 1959 S.2107 f; Beschl.v.17.5.1960 - 2 BvL 11/59 u.11/60 - NJW 1960 S.1563-1565; kritisch zur Auffassung des BVerfG: VANGEROW, Steuer und Wirtschaft, 1957, Sp.261 f; insbes. auch KLEIN, DÖV 1957 S.567-578 (S.570 ff); derselbe, Finanzarchiv, Bd.18 S.236-274; vgl. ferner BUBENZER, Rechts- und Wirtschaftspraxis, S.34 (unter VI.); THOMAS, DVBl 1959 S.203-204; KRÜGER, Gleichberechtigungsgesetz, Einl.E 150 ff, S.106 ff; SIEVERS, DRiZ 1957 S.78-80; HERHOLZ, DÖV 1959 S.371-381; BOSCH, FamRZ 1957 S.189-196; OSWALD, DVBl 1958 S.563-565; ähnlich wie das BVerfG vorher schon PAULICK, FamRZ 1956 S.47-50

512) S.u.S. 165ff unter ζ)

513) Vgl. zu diesem Problem die in Anm.511 Zitierten, insbes.KLEIN, DÖV 1957 S.571 f

III. Stellungnahme und Lösung

Soweit Art.100 Abs.1 GG das richterliche Prüfungsrecht ü b e r h a u p t anerkennt, unterliegt diesem unbeschränkten richterlichen Prüfungsrecht unbestreitbar auch das vorkonstitutionelle Recht.⁵¹⁴⁾ Streitig und hier zu erörtern ist allein die Frage, ob das verfassungsgerichtliche P r ü f u n g s m o n o p o l nach Art.100 Abs.1 auch das vorkonstitutionelle Recht betrifft.

Die beiden gegnerischen Auffassungen erscheinen beide, für sich betrachtet, überzeugend, zumal sich beide auf gleichermaßen gewichtige Gründe stützen können.⁵¹⁵⁾ Es sind m.E. allerdings teilweise auch r e c h t s p o l i t i - s c h e G e s i c h t s p u n k t e stark in den Vordergrund gerückt. Eine Auseinandersetzung mit dem Problem wird daher sorgfältig rechts- und verfassungspolitische Erwägungen von den Erwägungen d e l e g e l a t a zu trennen haben, denn nur eine Lösung des Problems nach dem g e l t e n d e n Art.100 Abs.1 GG wird hier erstrebt. Nur, wenn sich aus dem g e l t e n d e n Art.100 Abs.1 durch Auslegung keine Beantwortung der Frage finden ließe, dürfte (und müßte) das rechtspolitisch wünschenswertere Ergebnis bevorzugt werden.

Es soll jedoch versucht werden, nachzuweisen, daß sich das Grundgesetz durch die in Art.100 Abs.1 enthaltene positivrechtliche Regelung der richterlichen Prüfungszuständigkeit d e l e g e l a t a in einem Sinne e n t s c h i e d e n h a t, der die Einbeziehung des vorkonstitutionellen Rechts in das verfassungsgerichtliche Entscheidungsmopol nach Art.100 Abs.1 GG ausschließt.

Der Erörterung sollen zunächst nur die Fälle zugrundegelegt werden, die in die Entscheidungskompetenz des BVerfG fallen

514) Vgl. schon oben S. 127

515) Vgl. hierzu ENGELHARDT, JöR n.F.Bd.8 S.102 ff (S.109), der sagt, die Problematik der Konzentration des richterlichen Prüfungsrechts lasse sich aus der Natur der Sache überhaupt nicht beantworten, sondern es könne nur auf den Sinn und Zweck der betr., zu untersuchenden konkreten Regelung abgestellt werden.

müßten, also der Verstoß von vorkonstitutionellen Bundes- oder Landesgesetzen gegen das Grundgesetz, von vorkonstitutionellen Landesgesetzen gegen Bundesrecht und von vorkonstitutionellen Landesverfassungen gegen das Grundgesetz oder gegen sonstiges Bundesrecht. Danach ist dann der Fall des Verstoßes eines vorkonstitutionellen Landesgesetzes gegen eine Landesverfassung - der in die Entscheidungskompetenz des betreffenden Landesverfassungsgerichtshofs gehören müßte - zu behandeln. Hierbei ist im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes⁵¹⁶⁾ insbesondere das Problem akut, ob eine von der des BVerfG verschiedene Handhabung des Entscheidungsmonopols für vorkonstitutionelles Recht durch einen Landesverfassungsgerichtshof mit Art.100 Abs.1 GG verträglich ist.

1) Das Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum vorkonstitutionellen Recht

a) Verstoß vorkonstitutionellen Bundes- oder Landesgesetzes gegen das Grundgesetz oder vorkonstitutionellen oder überhaupt älteren Landesgesetzes - außer Landesverfassungsrecht - gegen späteres Bundesrecht

Aus den zur Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts gehörenden Fällen wird hier zunächst noch der Fall der Unvereinbarkeit einer (vorkonstitutionellen) Landesverfassung mit dem Grundgesetz oder sonst mit Bundesrecht ausgenommen, da hier nach HOLTKOTTEN⁵¹⁷⁾ eine Sonderwertung stattfinden soll.

aa) Wortinterpretation des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes

Der Versuch BACHOFs, die Unanwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auf das vorkonstitutionelle Recht schon aus dem Wortlaut des Art.100 Abs.1 selbst herzuleiten⁵¹⁸⁾, kann meiner

516) S.o. die in Anm.453 zitierten Entscheidungen

517) HOLTKOTTEN, BK, Art.100, II. Erl. A, 3, S.156 f

518) BACHOF, DVB1 1951 S.13-15 (S.15)

Ansicht nach nicht als überzeugend angesehen werden. Zwar ist es richtig, daß man, wenn ein älteres Gesetz durch ein jüngeres außer Kraft gesetzt wird, an sich nicht sagen kann, das ältere Gesetz "verletze" nunmehr das jüngere.⁵¹⁹⁾ Aber dies Bedenken schlägt gegenüber der "Unvereinbarkeit" nicht durch, wie v.MANGOLDT mit Recht bemerkt.⁵²⁰⁾ Es kann daher BACHOF nicht zugestimmt werden, wenn er meint, ein jüngeres Gesetz könne mit einem älteren nicht "unvereinbar" sein, da es ja schon kraft der derogierenden Wirkung des jüngeren aufgehört habe zu bestehen. Es ist gerade eine Rechtsfolge dieser "Unvereinbarkeit" mit dem jüngeren Gesetz, daß das ältere Gesetz aufhört zu bestehen.⁵²¹⁾ Wenn auch alle dem GG widersprechenden Gesetze im Augenblick des Inkrafttretens des GG wegen dieser "Unvereinbarkeit" mit dem GG schon außer Kraft gesetzt wurden, so ist es dennoch sinnvoll und sprachlich durchaus gerechtfertigt, auch später noch, wenn in einem Rechtsstreit einmal dieses Außer-Kraft-Gesetztsein infolge Unvereinbarkeit mit dem GG in Frage stehen sollte, noch von der "Unvereinbarkeit" mit dem GG zu sprechen.

Auch die Behauptung, ein älteres Gesetz, das wegen Unvereinbarkeit mit dem GG am 24.5.1949 außer Kraft getreten ist, könne heute nicht als "verfassungswidrig" bezeichnet werden⁵²²⁾, ist m.E. nicht unbezweifelbar. Wäre vom rein Sprachlichen her nicht zumindest v e r t r e t b a r , den Art.100 Abs.1 für den Fall vorkonstitutioneller Gesetze etwa in diesem Sinne zu lesen: Hält ein Gericht die in einem vorkonstitutionellen Gesetz enthaltenen Regelungen und Rechtsgedanken für heute v e r f a s s u n g s - w i d r i g ... ? Ich möchte fast befürchten, daß sich die Frage hier in nicht mehr einer zwingenden und eindeutigen Logik zugängliche Regionen subjektiven Sprachgefühls und rein persönlicher, durch nichts mehr begründbarer subjektiver Ansicht verliert.

519) So zutreffend BACHOF, aaO

520) V.MANGOLDT, Art.100,3-S.541

521) Vgl. v.MANGOLDT, aaO

522) BACHOF, aaO (Anm.518)

M.E. kann daher nur die Folgerung gezogen werden, daß bei der uneinheitlichen und nicht präzisen Terminologie des Art.100 Abs.1 GG⁵²³⁾ auf eine Argumentation aus dem Wortlaut des Art.100 Abs.1 GG verzichtet werden muß.

bb) Sinninterpretation des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes

Bleibt eine Wort- und Begriffsinterpretation des Art.100 Abs.1 GG in der entscheidenden Frage letztlich ohne Ergebnis, so müssen Sinn, Zweck und Wesen der in Art.100 Abs.1 enthaltenen Regelung für die Beantwortung der gestellten Frage entscheidend sein.⁵²⁴⁾ Allerdings kann hier nicht auf den Sinn des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen eines Verfassungssystems überhaupt und auch nicht auf rechtspolitisch wünschenswerte Ziele bei der Regelung der richterlichen Prüfungszuständigkeit abgestellt werden, sondern allein auf den ganz konkreten Sinn und Zweck, den das GG der Regelung der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegeben hat.

α) Würdigung der tragenden, für die Anwendbarkeit des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes auf vorkonstitutionelles Recht vorgebrachten Erwägungen

Als entscheidende Argumente für die Anwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auf das vorkonstitutionelle Recht wurden angeführt: Nur durch eine solche Auslegung des Art.100 Abs.1 könne in diesem Bereich eine wirksame Sicherung der Rechtseinheit erreicht werden.⁵²⁵⁾ Ferner diene eine solche Auslegung am besten einem wirksamen Schutz der Verfassung, der Aufgabe des BVerfG sei.⁵²⁶⁾ Im übrigen fordere die

523) V.MANGOLDT, aaO (Anm.520)

524) V.MANGOLDT-KLEIN, Einl.IV 6, S.8 f; KÜCHENHOFF, DVBl 1951 S.617

525) V.MANGOLDT, Art.100, 3., S.540 f (s.o.S.127ff); HUFNAGL, DVBl 1951 S.277 f

526) V.MANGOLDT, aaO; HUFNAGL, aaO (s.o.S.130f); insbesondere der BayVerfGH, der sich im Rahmen der Inzidentnormenkontrolle als Hüter der Verfassung bezeichnet (s.o. Anm.457)

ü b e r r a g e n d e B e d e u t u n g d e r V e r -
f a s s u n g d i e M o n o p o l i s i e r u n g i h -
r e r A u s l e g u n g b e i d e n V e r f a s s u n g s g e r i c h t e n .⁵²⁷⁾

Diesen Zielen könnte in der Tat wohl am besten durch Konzentrierung des Prüfungsmonopols bei den Verfassungsgerichten gedient werden, zumal es sich hier oft um besonders schwierige und umstrittene Rechtsfragen handele⁵²⁸⁾ und gerade auf diesem Gebiet eine wirksame Sicherung der Rechtseinheit zu wünschen sei.⁵²⁹⁾ Auch ist v.MANGOLDT zuzustimmen, wenn er davon ausgeht, der für den IX.Abschnitt des GG leitende Gedanke sei vor allem die Wahrung der Rechtseinheit; denn tatsächlich ist der grundgesetzmäßige Aufbau der Gerichtsbarkeit weitgehend von dieser Idee beherrscht, wie dies deutlich z.B. in Art.95 Abs.1 und 2 des GG zum Ausdruck kommt.

Indessen bleibt die Frage offen, ob diese Gesichtspunkte auch für die vom Grundgesetz realiter geschaffene Regelung des Inzidentprüfungsverfahrens nach Art.100 Abs.1 GG die ausschlaggebenden und entscheidenden waren.

β) Ablehnung der für die Ausdehnung des Entscheidungsmonopols auf vorkonstitutionelles Recht sprechenden Erwägungen für den Fall der 2.Alternative des Artikels 100 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes

Als Ausgangspunkt für eine Kritik der für die Ausweitung des durch Art.100 Abs.1 GG geschaffenen verfassungsgerichtlichen Prüfungsmonopols auch auf vorkonstitutionelle Gesetze angeführten Erwägungen soll zunächst der Fall des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative, gewählt werden. Das hier

527) Siehe HUFNAGEL, aaO, S.277 Sp.2; vgl. hierzu auch den Beschl. des BVerfG v.17.1.1957 - 1 BvL 4/54 - BVerfGE 6 S.55-84 (S.63); Art.100 Abs.1 GG diene auch der Sicherung einer einheitlichen Rspr zu verfassungsrechtlichen Fragen; die Wahrung der Rechtseinheit obliege auf dem Gebiet des Bundesverfassungsrechts dem BVerfG und nicht den oberen Bundesgerichten (BVerfG, Beschl. v.19.2.1957 - 1 BvL 13/54 - DÖV 1957 S.712-715, insbes. die Anm.v.BACHOF, DÖV 1957 S.715). Vgl. auch HAMANN, NJW 1959 S.1465-1470 (S.1468 f); IPSEN, Deutsche Landesreferate, S.797 unter d.

528) So zu Recht v.MANGOLDT, Art.100,3.,S.540 f

529) v.MANGOLDT, aaO; HUFNAGL, DVBl 1951 S.277 Sp.2

angeordnete Prüfungsmonopol des BVerfG ist nämlich kaum sinnvoll für den Fall, daß ein - zunächst gleichgültig, ob vor- oder nachkonstitutionelles - älteres Landesgesetz durch ein jüngeres widersprechendes Bundesgesetz aufgehoben wird.

Wenn z.B. ein älteres Gesetz, etwa ein Landesgesetz, besteht, und es wird ein dem älteren Gesetz widersprechendes jüngeres Gesetz vom gleichen Range erlassen, so galt immer unbestritten der Satz: Lex posterior derogat legi priori, der Richter stellte also ohne weiteres selbst die Außerkraftsetzung des älteren durch den jüngeren Rechtsatz fest.⁵³⁰⁾ Es handelt sich hierbei gegenständlich auch gar nicht um die richterliche Prüfung der (formellen oder materiellen) Rechtmäßigkeit des älteren Gesetzes, sondern lediglich um die bloße Feststellung, daß der spätere gesetzgeberische Wille dem früheren vorgehe.⁵³¹⁾

Es besteht kein Grund, anzunehmen, daß dieser Grundsatz lex posterior derogat legi priori nicht prinzipiell auch dort Anwendung finden könnte, wo das spätere Gesetz gegenüber dem früheren höherrangig ist.⁵³²⁾ Zwar könnte hier, sofern sich das spätere Gesetz im Rahmen seines Kompetenzbereichs hält, schon der höhere Rang des späteren Gesetzes für sich

530) Vgl. FIGGE, MDR 1953 S.391-393 (S.391); JELLINEK, LAUN-Festschr.S.269-274 (S.271); ZINN, Rechtspflege, S.55 f; Verhandlungen des 34.DJT, Bd.II S.209 f, 217 (ANSCHÜTZ und MENDE); BACHOF, DVBl 1951 S.14 f; SONDERLAND, Diss., S.6; auch TIETZ, AöR Bd.77 S.333-345 (S.336 f); früher auch HUFNAGL, VGG S.115; BVerfG, Urt.v.24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S.124-135 (S.129 f); BVerfG, Beschl.v.26.2.1954 - 1 BvO 2/53 - BVerfGE 3 S.354-357 (S.356 f); BVerfG, Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 13/58 - DÖV 1960 S.23; LVG Hannover, Urt.v.14.2.1951 - I 669/50 - DVBl 1951 S.389 f

531) Vgl. BVerfG, Urt.v.24.2.1953, BVerfGE 2 S.124-135 (S.130)

532) Vgl. etwa BARBEY, DÖV 1960 S.566-575 (S.571, 573): Die Außerkraftsetzung älteren Landesverfassungsrechts durch Bundesverfassungsrecht vollzog sich nach dem Grundsatz lex posterior derogat legi priori.

ausreichen⁵³³⁾, dennoch würde allein die zeitliche Nachfolge der lex posterior genügen, so daß gleichwohl der Satz lex posterior derogat legi priori Geltung behielte.⁵³⁴⁾

Für den hier zunächst zugrunde gelegten Fall des Art.100 Abs.1 S.2 2.Alternative ist von KLEIN⁵³⁵⁾ nachgewiesen worden, daß im Verhältnis zwischen Bundesrecht und Landesrecht und damit für den hier interessierenden Fall des früheren Landesrechtes, das mit späterem Bundesrecht unvereinbar ist, die Regelung des Art.31 GG nur deklaratorischen Rang hat, so daß sich infolgedessen das Verhältnis älteren Landesrechts - es kommt hier nur das förmliche Landesgesetz in Frage⁵³⁶⁾ - mit jüngerem Bundesgesetz nach dem Satze lex posterior derogat legi priori bestimmt.⁵³⁷⁾

Die Anwendung des Satzes lex posterior derogat legi priori hat das Grundgesetz dem Richter g r u n d s ä t z l i c h belassen.⁵³⁸⁾ Dazu bedarf es keines Hinweises auf die Entstehungsgeschichte des Art.100 Abs.1 GG oder auf die Geschichte des richterlichen Prüfungsrechtes. Es ergibt sich aus Art.100 Abs.1 GG selbst, da ein Prüfungsmonopol für den Fall, daß lex prior und lex posterior g l e i c h r a n g i g sind, n i c h t statuiert wurde.

533) Dies scheint ZEIDLER, DÖV 1960 S.25 zu meinen, wenn er für diesen Fall Bedenken gegen die Anwendung des Satzes lex posterior ... durch das BVerfG (vgl. die in Anm.530 zitierten Entscheidungen des BVerfG) anmeldet.

534) BVerfGE 2 S.130 (s.o. Anm.531)

535) V.MANGOLDT-KLEIN, Art.31,III,4-9 (S.759-766); a.A. MAUNZ (in MAUNZ-DÜRIG, Art.31,IV,S.9 f). Auf das Problem kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Es muß im übrigen auf die eingehende Auseinandersetzung mit den widersprechenden Ansichten bei BARBEY, DÖV 1960 S.566-575 verwiesen werden.

536) S.o.S.121f

537) Vgl. dazu v.MANGOLDT-KLEIN, Art.31,III.9 c,S.766; BARBEY, DÖV 1960 S.571 Sp.2,573 Sp.1. Eine Auseinandersetzung mit diesen im Bereich des Art.31 GG liegenden Problemen kann hier nicht vorgenommen werden. Es muß daher auf die genannten Veröffentlichungen verwiesen werden.

538) Vgl. FIGGE, MDR 1953, S.391; BACHOF, DVBl 1951 S.14 f; ferner die in Anm.470, 471, 475, 476 Zitierten

Ausgehend von dieser letzten Feststellung, kann nunmehr - zunächst immer nur für den Fall des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative (Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetze) - folgende Frage formuliert werden: K a n n A r t . 1 0 0 A b s . 1 S . 2 , 2 . A l t e r n a t i v e s i n n g e m ä ß s o v e r s t a n d e n w e r d e n , d a ß d a m i t d e m R i c h t e r i n s o w e i t a u c h d i e A n w e n d u n g d e s S a t z e s l e x p o s t e r i o r d e r o g a t l e g i p r i o r i v e r s a g t w e r d e n s o l l t e , a l s e s s i c h u m d e n F a l l d e r U n v e r e i n b a r k e i t e i n e s ä l t e r e n L a n d e s g e s e t z e s m i t e i n e m j ü n g e r e n B u n d e s g e s e t z h a n d e l t ? Da das GG in Art.100 von der freien Anwendung des Satzes bei g l e i c h r a n g i g e m älterem und jüngerem Recht ausgeht, kann die Beantwortung dieser Frage von der Antwort auf die weitere Frage abhängig gemacht werden, ob es die ratio legis des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative sein kann, auch einen Teil des Anwendungsbereiches des Satzes lex posterior derogat legi priori dem verfassungsgerichtlichen Prüfungsmonopol zu unterwerfen. Damit ist zugleich nach dem G r u n d d e s b u n d e s v e r f a s s u n g s g e r i c h t l i c h e n E n t s c h e i d u n g s m o n o p o l s gerade für den Fall der Unvereinbarkeit von Landesgesetz mit Bundesgesetz gefragt.

Der von den Anhängern der Meinung, die Art.100 Abs.1 GG auch auf das vorkonstitutionelle Recht anwenden will, angeführte Gedanke, daß die überragende Bedeutung der V e r f a s s u n g , die zudem meist nur generelle Regelungen enthalte, die Monopolisierung ihrer Auslegung beim Bundesverfassungsgericht fordere⁵³⁹⁾, kann für d i e s e Regelung der 2.Alternative des Art.100 Abs.1 S.2 jedenfalls keine Bedeutung gehabt haben⁵⁴⁰⁾, da h i e r nur Bundes- und Landesgesetz ausgelegt werden müssen.

539) HUFNAGL, DVBl 1951 S.277 (s.o. S.130 f)

540) Ohne daß an dieser Stelle darauf eingegangen werden muß, ob diese Erwägung ü b e r h a u p t für die Regelung des Art.100 Abs.1 GG eine Rolle gespielt haben kann.

Auch der Gesichtspunkt, Art.100 Abs.1 habe einen wirksamen **S c h u t z d e r V e r f a s s u n g** durch die Verfassungsgerichte als Hüter der Verfassung gewährleisten wollen⁵⁴¹⁾, kann hier schwerlich entscheidend gewesen sein. Im Falle der 2.Alternative des Art.100 Abs.1 S.2 ist dem Verfassungsschutz, d.h. der Überwachung und Überprüfung der gesamten Rechtsordnung auf ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Verfassungsrecht, wenn überhaupt, so nur mittelbar gedient. Denn hier geht es ja gar nicht um Vereinbarkeit des zu prüfenden Landesgesetzes mit der **V e r f a s s u n g**, sondern lediglich mit einfachem Bundesrecht. Hüter der Verfassung könnte das BVerfG hier nur insoweit sein, als es über die Vereinbarkeit der landesstaatlichen mit der bundesstaatlichen Rechtsordnung, insbesondere die Einhaltung der Grenzen der beiderseitigen Kompetenzbereiche zu wachen hätte.⁵⁴²⁾

Es tritt jedoch gerade bei der Inzidentnormenkontrolle des Art.100 Abs.1 GG die Aufgabe des BVerfG als Hüter der Verfassung zurück.⁵⁴³⁾ Und besonders im Falle der Unvereinbarkeit von Landesgesetz mit Bundesgesetz ist eine Überwachungspflicht des Bundesverfassungsgerichts als Hüter der Verfassung **i n n e r h a l b d e r I n z i d e n t n o r m e n k o n t r o l l e d e s A r t . 1 0 0 A b s . 1 G G** überflüssig: Denn bereits das Wesen der bundesstaatlichen Struktur bietet die **s i c h e r e G e w ä h r** dafür, daß jedes der staatlichen Gebilde, sowohl Bundes- als Landesstaat, **s o r g f ä l t i g d a r ü b e r w a c h e n** wird, daß das von ihm gesetzte Recht durch Recht des anderen staatlichen Gebildes **n i c h t** beeinträchtigt wird. Erst und nur wenn zwischen Bundesstaat und Landesstaat Meinungsverschiedenheiten

-
- 541) S.o.S. 127f, 130 f, 131f; v.MANGOLDT, Art.100,3.,S.540 f; HUFNAGL, DVBl 1951 S.277 f; ferner die in Anm. 453 zitierten Entscheidungen des BayVerfGH
542) BVerfG, Urt.v.20.3.1952 - 1 BvL 12,15,16,24,28/51 - BVerfGE 1 S.184-201 (S.195 f)
543) BVerfG aaO S.195 ff, 197 ff; BVerfG, Urt.v.24.2.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S.124-135 (S.129); GÖTZ, NJW 1960 S.1177-1182 (S.1178 f)

hierüber entstehen - und das wird in allen wichtigen Fällen eintreten -, bedarf es des BVerfG als Hüters der Verfassung. Und für diesen Fall hat das GG daher auch in Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 die Möglichkeit der Anrufung des BVerfG zur abstrakten Normenkontrolle eröffnet. Und da hier der Bundes- und der Landesregierung das Antragsrecht eingeräumt ist (und zusätzlich sogar noch der Antrag eines Drittels der Mitglieder des Bundestages genügt), ist für den Fall der Unvereinbarkeit eines (früheren) Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz die volle Gewähr dafür geboten, daß immer, wenn Bundesrecht durch Landesrecht beeinträchtigt sein kann (oder umgekehrt) und wenn es daher auf einen wirksamen Schutz der verfassungsmäßigen Prinzipien ankommt, das BVerfG als Hüter der Verfassung schon auf dem Wege über Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 GG auch wirklich angerufen wird⁵⁴⁴⁾ und somit seine Aufgabe als Hüter der Verfassung in vollem Umfang erfüllen kann.⁵⁴⁵⁾

Es besteht deshalb im Falle des Art. 100 Abs. 1 S. 2, 2. Alternative, wenn der Richter ein Landesgesetz für unvereinbar mit einem Bundesgesetz hält, kein Bedürfnis für ein Prüfungsmonopol des BVerfG als Hüters der Verfassung, und es kann daher sinnvollerweise auch nicht angenommen werden, daß der Verfassungsschutz durch das BVerfG die ratio legis für die Regelung des Art. 100 Abs. 1 S. 2, 2. Alternative gewesen sei.

Die Erwägung, daß den Gerichten um der Autorität des Staates willen zur Gewährleistung einer einheitlichen Auslegung des GG die gleichen Möglichkeiten zur Anrufung des

544) Vgl. BVerfGE 1 S. 197 (Anm. 542), wo entsprechende Erwägungen nicht nur für den Fall des Art. 100 Abs. 1 S. 2, 2. Alternative, sondern für die Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 insgesamt angestellt werden.

545) BVerfG aaO S. 196: Das BVerfG hat keine von Amts wegen auszuübende Überwachungspflicht, sondern wird nur auf Antrag tätig.

BVerfG gegeben werden müßten wie den Staatsorganen bei der abstrakten Normenkontrolle nach Art.93 Abs.1 Ziffer 2 GG⁵⁴⁶⁾, kann nur als rein verfassungspolitische Forderung gewertet werden. In einer Auslegung des Art.100 Abs.1 GG de lege lata können solche Gesichtspunkte jedoch keinen Raum haben, da das GG die abstrakte Normenkontrolle nach Art.93 Abs.1 Ziffer 2 und die Inzidentprüfung des Art.100 Abs.1 verschieden ausgestaltet und damit auch den Verfassungsorganen des Art.93 Abs.1 Ziffer 2 und den Gerichten nach Art. 100 Abs.1 eine v e r s c h i e d e n e S t e l l u n g eingeräumt hat. Das zeigt sich z.B. schon ganz deutlich daran, daß bei Art.93 Abs.1 Ziffer 2 bloße Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel ausreichen, während bei Art.100 Abs. 1 das Gericht die Vereinbarkeit ausdrücklich v e r n e i - n e n muß.⁵⁴⁷⁾

Schließlich bleibt zu fragen, ob e n t s c h e i d e n - d e r Grund für die Regelung der 2.Alternative des Art.100 Abs.1 S.2 GG die S i c h e r u n g d e r R e c h t s - e i n h e i t gewesen sein kann. Die Frage ist zu verneinen. Zumindest ist in dem Falle, daß ein j ü n g e r e s Bundesgesetz mit einem ä l t e r e n Landesgesetz unvereinbar ist, so daß der Satz gilt: lex posterior derogat legi priori⁵⁴⁸⁾ die Rechtseinheit nicht m e h r gefährdet als z.B. in dem unzweifelhaft n i c h t unter das Prüfungsmonopol des Art.100 Abs.1 gehörenden Fall, daß etwa eine bundesgesetzlich bereits geregelte Materie durch späteres Bundesgesetz teilweise neu geregelt wird, so daß zu entscheiden ist, ob und inwieweit die frühere Regelung

546) So das Vorlagegericht bei der Entscheidung des BVerfG v.6.10.1959 in NJW 1959 S.2107; s.o.S. 132.

547) S.o. Anm.425; im übrigen folgt es auch daraus, daß die ursprüngliche Verbindung der Zuständigkeiten des BVerfG für die abstrakte Normenkontrolle (Art.93 Abs.1 Ziffer 2 GG) und die Inzidentprüfung (Art.100 Abs.1 GG), die im Art.128 b Abs.1 Ziffer 3 des Entwurfs im Hauptausschuß am 28.12.1948 (23.Sitzung) und am 13.1. 1949 (37.Sitzung) (P.R., Verhandlungen des HA, S.274, 462) noch vorhanden war, später aufgegeben wurde (vgl. dazu BACHOF, DVBl 1951 S.13-15 [S.15 Sp.1]).

548) S.o.S. 151

durch das neue Gesetz außer Kraft gesetzt ist. Denn in den Anwendungsfällen des Satzes *lex posterior derogat legi priori* besteht in gleicher Weise die Gefahr unterschiedlicher Entscheidungen der unteren Gerichte bzw. des oberen Bundesgerichtes und damit die Gefahr einer Rechtszersplitterung nach der territorialen bzw. fachlichen Seite, so daß aus dieser Erwägung kein Grund für eine sachliche Differenzierung dieser beiden Fälle ersichtlich wäre.⁵⁴⁹

Die Wahrung der Rechtseinheit ist in diesem Bereich vielmehr allein gewährleistet durch den Instanzenzug innerhalb der einzelnen Zweige der Gerichtsbarkeit. Wenn hier dennoch eine gewisse Gefahr der Rechtszersplitterung besteht, nach der fachlichen Seite, weil ein oberstes Bundesgericht, dem die Wahrung der Rechtseinheit obliegen soll, nicht errichtet ist, nach der territorialen Seite, weil in einzelnen Rechtsmaterien der Instanzenzug vor Erreichung des fachlich zuständigen Oberen Bundesgerichtes endet, so sind dies Mängel, die nur durch Errichtung des Obersten Bundesgerichtes bzw. durch Änderungen der betreffenden Prozeßordnungen und Gerichtsverfassungsvorschriften beseitigt werden könnten.

Der Wunsch nach Vermeidung dieser Gefahren wenigstens in dem Teilbereich der Unvereinbarkeit älteren Landesrechts mit jüngeren Bundesrecht vermag jedoch nicht zu einer anderen rechtlichen Auslegung des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative zu führen.

⁵⁴⁹ Daß hier der Gesichtspunkt gerade der Wahrung der Vereinbarkeit der landesstaatlichen mit der bundesstaatlichen Rechtsordnung nicht maßgebend sein kann, braucht hier nicht nochmals betont zu werden. Vgl. dazu oben S. 152, 153 f

y) Artikel 100 Absatz 1 Satz 2, 2.Alternative des Grundgesetzes als Beweis für die Anerkennung der "Vorwerfbarkeitstheorie" durch das Grundgesetz

Da Sinn und Zweck der Regelung des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative durch keine der oben angeführten Erwägungen⁵⁵⁰⁾ hinreichend erklärt sind, kann der Grund für die Statuierung des bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmonopols für diesen Fall nur darin gesehen werden, daß dem Richter die Kompetenz entzogen werden sollte, sich (möglicherweise) über den Willen des Landesgesetzgebers hinwegzusetzen, indem er die von diesem beschlossenen Gesetze nicht anwendet, weil sie nach seiner Auffassung gegen die bundesstaatliche Rangordnung von Bundesrecht und Landesrecht verstoßen.⁵⁵¹⁾ Die Autorität des Gesetzgebers im Verhältnis zur Rechtsprechung soll vielmehr streng gewahrt werden.⁵⁵²⁾ Art.100 Abs.1 S.2,

550) S.o.S.148 f (unter α)

551) Vgl. BVerfG, Urt.v.20.3.1952, BVerfGE 1 S.184-201 (Anm.542), (S.197 f); Urt.v.24.2.1953, BVerfGE 2 S.124-135 (Anm.543), (S.129 ff); ferner BVerfG, Beschl.v.9.11.1955 - 1 BvL 13/52, 1 BvL 21/52 - BVerfGE 4 S.331-352 (S.340 f, 342); BVerfG, Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 13/58 - DÖV 1960 S.23

552) BVerfG, Urt.v.20.5.1952 - 1 BvL 3/51 und 4/51 - BVerfGE 1 S.283-299 (S.292): Die Überprüfung des Gesetzgebers auf die Verfassungsmäßigkeit seiner Akte sollte durch Art.100 Abs.1 GG beim BVerfG konzentriert werden.

Vgl. ferner BVerfG, Urt.v.24.2.1953, BVerfGE 2 S.124-135 (s.o. Anm.543), (S.129 ff); BVerfG, Beschl.v.9.11.1955, BVerfGE 4 S.331-352 (s.o. Anm.551), (S.340 f, 342); BVerfG, Beschl.v.17.1.1957 - 1 BvL 4/54 - BVerfGE 6 S.55-84 (S.63); BVerfG, Beschl.v.6.10.1959, DÖV 1960 S.23 (Anm.551); und Beschl.v.6.10.1959 - 1 BvL 25/59 - NJW 1959 S.2107 f. Es handelt sich hier um ein Problem der Stellung von Rspr. und Gesetzgebung zueinander, um ein Problem der Gewaltenteilung. Vgl. dazu SPANNER, S.49 ff; ferner JELLINEK, LAUN-Festschr. S.271 ff; ZINN, Rechtspflege, S.55 f; HOLTKOTEN, BK, Art.100, II. Erl.A 2 a, S.150 f.

2.Alternative ist, wenn man ihn als sinnvolle Regelung betrachten will, nach dem Gesagten nur aus dieser Ratio zu verstehen, daß dem Richter die Verneinung der Gültigkeit von Akten des Landesgesetzgebers wegen Verstoßes gegen das g e l t e n d e B u n d e s r e c h t versagt werden sollte.

Wird die Vereinbarkeit eines älteren Landesgesetzes mit jüngerem Bundesgesetz verneint, so wird dadurch die Autorität des früheren Landesgesetzgebers nicht beeinträchtigt, denn die Prüfung eines Landesgesetzes mit einem später erlassenen Bundesgesetz setzt gerade die u r s p r ü n g l i c h e Rechtswirksamkeit der zu prüfenden Norm voraus, setzt sich daher nicht über den Willen des Gesetzgebers hinweg⁵⁵³⁾, sondern stellt o b j e k t i v fest, daß der spätere gesetzgeberische Wille dem abweichenden früheren gesetzgeberischen Willen vorgeht. Wenn hierbei das spätere Bundesgesetz auch höherrangig ist, so ist das ohne Bedeutung. Denn auch für den Fall der Unvereinbarkeit von älterem Landesrecht mit jüngerem Bundesrecht gilt der Satz *lex posterior derogat legi priori*⁵⁵⁴⁾; es handelt sich um einen Fall der Kollision zwischen älterem und jüngerem Recht.⁵⁵⁵⁾

Als Teilergebnis ist somit hier zunächst festzuhalten, daß aus Sinn und Zweck der 2.Alternative des Art.100 Abs.1 S.2 nicht geschlossen werden kann, es habe für den Bereich der Unvereinbarkeit älteren Landesgesetzes mit jüngerem Bundesgesetz dem Richter die freie Anwendung des Satzes *lex posterior derogat legi priori* entzogen werden sollen. Die oben (S.152) gestellte Frage ist daher in dem Sinne zu beantworten, daß Art.100 Abs.1 S.2, 2. Alternative nicht für den Fall gilt, daß ein älteres Landesgesetz durch jüngeres Bundesgesetz derogiert wird.

553) BVerfG, Urt.v.24.2.1953 (Anm.543), BVerfGE 2 S.124-135 (S.129 f)

554) S.o.S. 151; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.31,III,4-9 (S.759-766); BARBEY, DÖV 1960 S.566-575

555) BVerfGE 2 S.130

Ob dabei das ältere Landesgesetz nachkonstitutionell ist oder aus v o r k o n s t i t u t i o n e l l e r Zeit stammt, ist gleichgültig, denn es ist im Rahmen des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative k e i n e r l e i G r u n d e r s i c h t l i c h , warum es bei Unvereinbarkeit eines älteren Landesgesetzes mit jüngerem Bundesrecht irgendeinen Unterschied machen sollte, ob das ältere Landesgesetz in seinem Ursprung v o r k o n s t i t u t i o n e l l oder nachkonstitutionell ist.

§) Übertragung des gewonnenen Ergebnisses auf den Fall des Verstoßes von Landes- oder Bundesgesetz gegen das Grundgesetz

Hat sich für die Regelung des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative ergeben, daß ihr Zweck sinnvollerweise n u r darin liegen kann, das bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungsmonopol zu statuieren, falls der Richter einen Akt des Landesgesetzgebers wegen Verstoßes gegen g e l t e n d e s Bundesrecht nicht beachten will, daß der Richter also die Derogation ä l t e r e n , vor- oder nachkonstitutionellen Landesgesetzes mit j ü n g e r e m Bundesgesetz s e l b s t feststellen kann, so ist nunmehr zu fragen, ob auch für die anderen Fälle des bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols (entsprechend) der Verstoß älteren Gesetzes gegen das Grundgesetz von diesem Entscheidungsmonopol auszunehmen ist.

Die zu stellende Frage lautet: Bezieht sich das bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungsmonopol nach Art.100 Abs.1 S.1, Halbsatz 2, 2.Alternative und Art.100 Abs.1 S.2, 1.Alternative auch auf den Fall der Unvereinbarkeit älteren, v o r k o n s t i t u t i o n e l l e n Landes- oder Bundesgesetzes m i t d e m G r u n d g e s e t z ?⁵⁵⁶⁾

556) Der Verstoß von vorkonstitutioneller Landesverfassung gegen das GG wird unten, S. 170ff (unter b) noch gesondert behandelt.

Hier muß den für die Bejahung dieser Frage sprechenden Gesichtspunkten, anders als bei der 2.Alternative des Art.100 Abs.1 S.2, allerdings ein erhebliches Gewicht beigemessen werden. Im Bereich der V e r f a s s u n g s a u s l e - g u n g wäre eine wirksame Sicherung der Rechtseinheit und ein wirksamer Schutz der Verfassung durch Monopolisierung ihrer Auslegung - wenigstens wenn die Vereinbarkeit eines Gesetzes mit ihr v e r n e i n t werden soll - sehr wünschenswert.

Dagegen behauptet auch hier die sog. "Vorwerfbarkeitstheorie"⁵⁵⁷⁾, Art.100 Abs.1 GG habe dem Richter n u r die Befugnis versagt, unter der g e l t e n d e n Verfassung gesetzte Legislativakte in ihrer Gültigkeit zu verneinen.⁵⁵⁸⁾

Zu einer Lösung des Problems vermag m.E. folgende Erwägung beizutragen: Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative des GG hat dem Richter n i c h t die Entscheidung über die Frage der Vereinbarkeit älteren Landesrechts mit jüngerem Bundesrecht entzogen, weil nur vermieden werden sollte, daß sich der Richter über den Willen des Landesgesetzgebers hinwegsetzt, indem er ihm vorwirft, er habe durch seinen Akt gegen geltendes Bundesrecht verstoßen.

Nach der gesamten Struktur des Art.100 Abs.1 GG muß davon ausgegangen werden, daß dem Abs.1 i n s g e s a m t eine e i n h e i t l i c h e r a t i o l e g i s zugrundeliegt. Die erste und zweite Alternative des Satz 2 des Art.100 Abs.1 sind durch ein "oder" verbunden, was darauf hindeutet, daß das GG beide als wesensmäßig und nach ihrem Zweck gleichartige Regelungen ansieht. Und Satz 2 des Abs.1 schließt sich an den Satz 1 nahtlos an durch die Worte "dies gilt auch", was ebenfalls zu dem Schluß nötigt, daß der g e s a m - t e n R e g e l u n g des Art.100 Abs.1 GG e i n g l e i c h e s , e i n h e i t l i c h e s P r i n z i p zugrundeliegt.

557) ZEIDLER, DÖV 1960 S.23; s.o.S.139ff, S.157 f

558) HOLTKOTTEN, BK, Art.100, II.Erl.A, 2a, S.150 f; ZINN, Rechtspflege S.55 f

Wäre auch im Interesse von Rechtseinheit und Verfassungsschutz die Monopolisierung der Verfassungsauslegung beim BVerfG - zumindest für den Fall der V e r n e i n u n g der Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem GG - sehr wünschenswert, so können doch diese Gesichtspunkte zumindest für die Regelung des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative nicht maßgebend gewesen sein. Da das Grundgesetz zwischen den einzelnen Fällen des Art.100 Abs.1 GG k e i n e D i f f e r e n z i e r u n g e n vorgenommen hat und da speziell die Regelung des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative nur auf der Grundlage der sog. "Vorwerfbarkeitstheorie" sinnvoll zu deuten ist, muß deshalb davon ausgegangen werden, daß d i e s e s Prinzip d e l e g e l a t a der g e s a m t e n Vorschrift des Art.100 Abs.1 zugrundeliegt.

Und indem sich das GG, wie aus der Regelung des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative hervorgeht, auf den Boden der "Vorwerfbarkeitstheorie" gestellt hat⁵⁵⁹⁾, hat es zu erkennen gegeben, daß maßgebender Grund für die Statuierung des (bundes)verfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols bei Verneinung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch den Richter die Erwägung gewesen ist, daß der Richter die Akte, die von der in der g e l t e n d e n Verfassung statuierten Legislative gesetzt sind, grundsätzlich zu respektieren habe.⁵⁶⁰⁾ Nur wegen dieser besonderen Bedeutung und Tragweite des verfassungsmäßigen Verhältnisses der Gesetzgebung zur Rechtsprechung ist das verfassungsgerichtliche Entscheidungsmonopol des Art.100 Abs.1 geschaffen worden.⁵⁶¹⁾ Innerhalb dieses Rahmens soll das verfassungsgerichtliche Entscheidungsmonopol dann allerdings auch der Einheitlichkeit der Verfassungsauslegung und damit der Wahrung der Rechtseinheit dienen.⁵⁶²⁾

559) S.o.S.157 ff (unter γ)

560) HOLTKOTTEN, BK, Art.100, II.Erj.A 2 a, S.150 f; ferner die in Anm.510 zitierten Autoren und die in Anm.485 zitierten Entscheidungen des BVerfG

561) HOLTKOTTEN, aaO; ZINN, Rechtspflege S.55 f; JELLINEK, LAUN-FESTSCHR.S.271 ff; BACHOF, DVBl 1951 S.14

562) Vgl. BVerfG, Beschl.v.17.1.1957 - 1 BvL 4/54 - BVerfGE 6 S.55-84 (S.63); Beschl. v.19.2.1957 - 1 BvL 13/54 - DÖV 1957 S.712-715, insbes. die Anm.von BACHOF hierzu auf S.715; auch HAMANN, NJW 1959 S.1465-1470 (S.1468 f)

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß das Entscheidungsmonopol des BVerfG für vor dem Erlaß des GG in Kraft getretene, vorkonstitutionelle Gesetze nicht nur im Falle der 2.Alternative des Art.100 Abs.1 S.2 GG, sondern auch in den übrigen Fällen des Art.100 Abs.1 nicht eingreift⁵⁶³⁾, weil bei vorkonstitutionellen Gesetzen lediglich objektiv festgestellt wird, daß der spätere gesetzgeberische Wille, also das GG, (bzw. für den Fall des Art.100 Abs.1 S.2, 2.Alternative das Bundesgesetz) dem abweichenden früheren gesetzgeberischen Willen vorgeht.⁵⁶⁴⁾ Auch hier spielt es keine Rolle, daß der spätere gesetzgeberische Wille sich in einem ranghöheren Gesetz, dem GG, kundtut.⁵⁶⁵⁾

Der Richter hat daher bei vorkonstitutionellem Recht, das gegen das GG verstößt, und bei vorkonstitutionellem (und überhaupt älterem) Landesrecht, das mit späterem Bundesgesetz unvereinbar ist, selbst die Derogationswirkung und damit Unanwendbarkeit des vorkonstitutionellen Gesetzes festzustellen.⁵⁶⁶⁾

- e) Die weiteren gegen die Ausdehnung des verfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols auf vorkonstitutionelles Recht sprechenden Gründe

Das Ergebnis, die Unanwendbarkeit des bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols auf vorkonstitutionelle Gesetze, wird bestärkt durch die folgenden, bereits in Schrifttum und Rechtsprechung angeführten Erwägungen.

563) Überwiegende Ansicht, vgl. die in Anm.485, 510 zitierten Entscheidungen und Autoren.

564) BVerfG, Urt.v.24.2.1953 (s.o. Anm.543), BVerfGE 2 S.124-135 (S.129 f)

565) S.o.S.150f, S.158f

566) Vgl. zur Derogationswirkung des GG gegenüber älterem, vorkonstitutionellem Recht BARBEY, DÖV 1960 S.566-575 (S.571). Die Bedenken von ZEIDLER, DÖV 1960 S.23-25 (S.25) sind für diesen Fall, wie schon oben betont (S. 150f, Anm.533) unbegründet. Vgl. hierzu insbes. auch das in Anm.564 zitierte Urt. des BVerfG, S.130

Wenn auch dem Prinzip der Rechtseinheit und dem Wunsch nach einheitlicher Verfassungsauslegung eine völlige Konzentrierung der richterlichen Prüfungszuständigkeit bei den Verfassungsgerichten am besten entsprechen würde, so ist dennoch Art.100 Abs.1 nicht von diesem Gedanken ausgegangen. Nur bei **V e r n e i n u n g** der Vereinbarkeit des zu prüfenden Gesetzes mit dem Grundgesetz, einer Landesverfassung oder einem Bundesgesetz greift das verfassungsgerichtliche Prüfungsmonopol ein.⁵⁶⁷⁾ Weiterhin ist nach weitaus überwiegender Meinung das Entscheidungsmonopol des Art.100 Abs.1 **n u r** für die Prüfung **f ö r m l i c h e r** Gesetze gegeben.⁵⁶⁸⁾

Schließlich hat das erkennende Gericht in **j e d e m F a l l e**, also selbst bei **V e r n e i n u n g** der Vereinbarkeit eines **f ö r m l i c h e n** Gesetzes mit GG, Landesverfassung oder Bundesrecht, ein **V o r p r ü f u n g s - r e c h t**.⁵⁶⁹⁾ Es läßt sich daher sagen, daß Art.100 Abs.1 GG vom **G r u n d s a t z** der **f r e i e n P r ü f u n g s z u s t ä n d i g k e i t** des **e r k e n n e n d e n G e r i c h t s** beherrscht ist.⁵⁷⁰⁾ Das GG hat sich damit **n i c h t** die Erwägung zu eigen gemacht, die besondere Bedeutung der Verfassung erfordere im Interesse der Rechtseinheit und Rechtssicherheit die völlige

567) Vgl. die in Anm.425 Zitierten

568) So selbst v.MANGOLDT, Art.100, 3., S.540; vgl. im Übrigen die in Anm.426 Zitierten. Dies ergibt sich im Übrigen aus der "Vorwerfbarkeitstheorie", da Art.100 Abs.1 nur das verfassungsmäßige Verhältnis zwischen Rspr und **L e g i s l a t i v e** regelt. Vgl. dazu BVerfG, Urt.v.20.3.1953 (Anm.542), BVerfGE 1 S.184-201 (S.190 ff, 197 f)

569) FIGGE, MDR 1953 S.391

570) BVerfG, Urt.v.24.3.1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S.124-135 (S.130 f); ARNDT, BB 1959 S.533-535 (S.534); derselbe, DVBl 1952 S.1-5 (S.4); FIGGE, MDR 1953 S.391; GÖTZ, NJW 1960 S.1177-1182 (S.1178); JELLINEK, LAUN-Festschr.S.269-274 (S.273); BACHOF, DVBl 1951 S.110; MICHEL, NJW 1960 S.841-846 (S.842 f); anscheinend zweifelnd nur der Bundesfinanzhof, Urt.v.12.12.1958 - III 332/58 S - in BB 1959 S.364

Monopolisierung ihrer Auslegung bei den Verfassungsgerichten; es hat die Verfassungsauslegung vielmehr in weitem Umfang den erkennenden Gerichten überlassen und damit eine gewisse Gefahr von Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit b e w u ß t in Kauf genommen.⁵⁷¹⁾ Diese Gefahr der Rechtszersplitterung besteht im übrigen bei der Prüfung vorkonstitutionellen Rechts nur für eine Übergangszeit; sie ist weiterhin noch vermindert durch die Vorlagemöglichkeit nach Art.93 Abs.1 Ziffer 2 GG, von der gerade in wichtigen Fällen im Zweifel Gebrauch gemacht werden wird.⁵⁷²⁾

Für die Unanwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auf das vorkonstitutionelle Recht sprechen weiter Erwägungen der Z w e c k m ä ß i g k e i t . Das BVerfG selbst sagte, eine Arbeitsüberlastung des BVerfG müsse vermieden werden, das BVerfG habe sich nur mit wirklich wichtigen Fragen zu befassen.⁵⁷³⁾ Gegen eine zu schwere Belastung der Verfassungsgerichte können in der Tat ernste verfassungspolitische Bedenken geltend gemacht werden⁵⁷⁴⁾, denn die Erhaltung einer ungestörten Funktionsfähigkeit der Verfassungsgerichte für alle wichtigen Verfassungsfragen als Hüter der Verfassung ist ein unabdingbares Gebot.

Als ebenso wichtiges Argument g e g e n die Anwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auf vorkonstitutionelles Recht erscheint auch die R e c h t s v e r z ö g e r u n g für den Einzelnen, zu der eine solche Auslegung führen müßte. In den Fällen, in denen dagegen die Verfassungstreue des (nachkonstitutionellen) Gesetzgebers bzw. die Bundestreue des Landesgesetzgebers in Zweifel steht, handelt es sich

571) Vgl.dazu im einzelnen die Ausführungen oben S.155 ff: Die Rechtseinheit wird hier nur durch den Instanzenzug innerhalb der einzelnen Zweige der Gerichtsbarkeit gewährleistet.

572) BVerfG, Urt.v.24.2.1953 (Anm.543), BVerfGE 2 S.124-135 (S.131)

573) BVerfG, Urt.v.20.3.1952 (Anm.542), BVerfGE 1 S.184-201 (S.200 f); vgl. zur Arbeitsüberlastung des BVerfG die bei SCHÄFER, NJW 1954 S.1-5 gegebenen Zahlenübersichten

574) Das gibt auch v.MANGOLDT, Art.100,3.,S.541 zu.

immerhin um Fragen von solcher Wichtigkeit, daß eine Aussetzung des Verfahrens zur Vorlage an das Verfassungsgericht und die damit verbundene, u.U. erhebliche Rechtsverzögerung für den Einzelnen unbedingt als gerechtfertigt erscheinen.

- ζ) Keine Änderung der rechtlichen Beurteilung wegen der Schwierigkeiten bei der Abgrenzung, wann ein vorkonstitutionelles Gesetz durch Bestätigung seitens des nachkonstitutionellen Gesetzgebers selbst nachkonstitutionell geworden ist

An dieser rechtlichen Beurteilung des Art.100 Abs.1 GG vermögen auch nichts die Schwierigkeiten zu ändern, die sich bei der Unterscheidung zwischen vor- und nachkonstitutionellem Recht für die Frage ergeben, wann ein vorkonstitutionelles Gesetz durch Bestätigung seitens des nachkonstitutionellen Gesetzgebers selbst nachkonstitutionell wird.⁵⁷⁵⁾ Mag zu dieser Frage auch die Entscheidung des BVerfG zu § 26 des Einkommenssteuergesetzes⁵⁷⁶⁾ ein Fehlgriß gewesen sein⁵⁷⁷⁾, so haben doch die umfangreiche Literatur zu dieser Frage⁵⁷⁸⁾ und auch die letzte Rechtsprechung des BVerfG⁵⁷⁹⁾ m.E. gezeigt, daß dies Problem zwar schwierig, aber nicht unlösbar ist.⁵⁸⁰⁾

Im übrigen führt die Ansicht, die das Prüfungsmonopol des Art.100 Abs.1 GG auch auf vorkonstitutionelles Recht angewandt wissen will, in ein ähnliches Dilemma: Hätte wirklich d a s B V e r f G erst noch entscheiden sollen, daß die Todesstrafe des früheren (vorkonstitutionellen) § 211 des

575) S.o.S. 144; zu diesem Problem vgl. insbes. die in Anm.511 Zitierten

576) BVerfG, Beschl.v.17.1.1957 - 1 BvL 4/54 - BVerfGE 6 S.55-84

577) Vgl. die kritischen Bemerkungen zu diesem Urteil von VANGEROW, Steuer und Wirtschaft 1957 Sp.261 f; insbes. KLEIN, DÖV 1957 S.567-578 (S.570 ff) und in Finanzarchiv, Bd.18 S.236-274; BUBENZER, Rechts- und Wirtschaftspraxis, S.34 (unter VI) und die übrigen in Anm.511 zitierten Autoren

578) S.o.Anm.511

579) BVerfG, Beschl.v.17.5.1960 - 2 BvL 11/59 u. 11/60 - NJW 1960 S.1563-1565

580) Auf das Problem kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht eingegangen werden, s.o. S. 144.

StGB nach Inkrafttreten des GG verfassungswidrig und daher nicht mehr zu verhängen sei ? Soll die Derogationswirkung eines jüngeren Bundesgesetzes gegenüber älterem Landesgesetz z.B. immer erst nach der Feststellung durch das BVerfG bedürfen ? Die derogierende Kraft des späteren Bundesgesetzes könnte sich dann in der Rechtswirklichkeit praktisch immer erst nach Sanktion durch das BVerfG auswirken. Eine solche Regelung der richterlichen Prüfungszuständigkeit wäre in der Tat, wie JELLINEK sagt⁵⁸¹⁾, wenig sinnvoll gewesen. Dies hat auch v.MANGOLDT erkannt.⁵⁸²⁾ Deshalb sieht er sich bereits selbst zu einer Einschränkung seiner Ansicht, Art.100 Abs.1 gelte auch für vorkonstitutionelles Recht, gezwungen: Art.100 Abs.1 soll dann auf vorkonstitutionelles Recht nicht anwendbar sein, wenn das GG oder ein Bundesgesetz bestimmte ältere Rechtssätze ausdrücklich aufheben, da kaum angenommen werden könne, der Gesetzgeber habe dem Entscheidungsmonopol der Verfassungsgerichte auch völlig zweifelsfreie Fälle unterwerfen wollen.

Wann aber kann von einer ausdrücklichen Aufhebung die Rede sein ? Wann ist ein Fall völlig zweifelsfrei ? Die hier sich ergebende Frage führt meines Erachtens in ein noch größeres Dickicht von Zweifeln und Unsicherheit⁵⁸³⁾

581) JELLINEK, LAUN-Festschr. S.269-274 (S.273)

582) V.MANGOLDT, Art.100,3.,S.541. Vgl. dazu auch BACHOF, DVBl 1951 S.14 Sp.2,S.15: Die derogierende Wirkung des jüngeren Gesetzes gilt auch ohne ausdrücklichen Ausspruch.

583) So ist z.B. schon bei Art.34 S.3 GG das Problem aufgetaucht, ob dieser unmittelbar selbst entgegenstehendes Recht aufhebe und abändere (was dann nach v.MANGOLDT das erkennende Gericht selbst feststellen können müßte) oder ob er lediglich ein Verbot für künftige entgegenstehende Gesetze begründe (dann müßte auch nach v.MANGOLDT jedenfalls auch ein vorkonstitutionelles Gesetz vorgelegt werden). Hier wäre also gerade zweifelhaft, ob es sich um einen zweifelhaften Fall handelt.

Vgl. dazu: FRIESENHAHN, DV 1949 S.478-485 (S.483); Art.34 S.3 GG sei nur Verbot an die zuständige Gesetzgebung. A.A.: BACHOF, SJZ 1950 Sp.167; BadVerwGH Freiburg, Urt.v.26.10.1949 - 18/49 - DÖV 1950 S.596 (Art.34 S.3 GG habe unmittelbar selbst entgegenstehendes Recht abgeändert). Vgl.auch schon oben, Anm.445.

als die bei Verneinung der Anwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auf vorkonstitutionelles Recht sich ergebende Frage, wann ein vorkonstitutionelles Gesetz durch Bestätigung seitens des nachkonstitutionellen Gesetzgebers nachkonstitutionell geworden ist.

Die Meinung, die Art.100 Abs.1 auch bei vorkonstitutionellem Recht anwenden will, ist hier gezwungen, eine Differenzierung in die Auslegung des Art.100 Abs.1 GG hineinzutragen, die dem Art.100 Abs.1 erkennbar nicht zugrundeliegt. Sie ist praktisch zu einer doppelten Auslegung des Art.100 Abs.1 genötigt, je nachdem, ob das jüngere Gesetz eindeutig oder nicht eindeutig das ältere derogiert.

cc) Bestätigung des gewonnenen Ergebnisses aus der Geschichte des richterlichen Prüfungsrechtes und der Entstehungsgeschichte des Artikels 100 Absatz 1 des Grundgesetzes

Das gewonnene Ergebnis, die Unanwendbarkeit des durch Art. 100 Abs.1 GG geschaffenen bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols auf das vorkonstitutionelle Recht- und darüber hinaus überhaupt, falls früheres Recht durch späteres (höherrangiges) Recht derogiert wird - , wird durch die Geschichte des richterlichen Prüfungsrechts und die Entstehungsgeschichte des Art.100 Abs.1 GG gestützt.⁵⁸⁴⁾

Die Geschichte des richterlichen Prüfungsrechts spricht für die Unanwendbarkeit des Art.100 Abs.1 GG auf vorkonstitutionelles Recht.⁵⁸⁵⁾ Schon der 34.Deutsche Juristentag in Köln im Jahre 1926 ging als selbstverständlich davon aus, daß der Richter in Bezug auf die WRV vorkonstitutionelle Normen ohne weiteres

584) Der Entstehungs- und Verfassungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung insoweit Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den sonstigen Auslegungsgrundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt und Zweifel behebt. Vgl. BVerfG, Urt.v.21.5.1952 - 2 BvH 2/52 - BVerfGE 1 S.299-322 (S.312); vgl. auch BVerfG, Urt.v.20.3.1952 (s.o. Anm.542), BVerfGE 1 S.184-201 (S.192 ff, 198 f).

585) Vgl. schon oben S. 134f, S. 137, S. 142f und die auf die Verfassungsgeschichte abstellenden Erwägungen von JELLINEK, LAUN-Festschr. S.271 ff (S.136 s.o.)

selbst prüfen könne⁵⁸⁶⁾, da hierbei durch das richterliche Prüfungsrecht nicht die gesetzgebende Gewalt gefährdet werde und somit sich kein Widerspruch zum Gewaltenteilungsprinzip ergeben könne, indem die Rechtsprechung Akte der Legislative nicht anerkenne.

Daher wurde in der Weimarer Zeit das Inzidentprüfungsrecht einschließlic h der Verwerfungskompetenz der Gerichte gegenüber früherem Recht allgemein bejaht, bestritten war allein die richterliche Prüfungszuständigkeit gegenüber unter Geltung der WRV ergangenem, n a c h k o n s t i t u t i o n e l l e m Recht.⁵⁸⁷⁾

Nach Untergang des Dritten Reiches wurde das richterliche Prüfungsrecht wieder allgemein anerkannt.

Wurde auch das Problem, ob das Entscheidungsmonopol für v o r k o n s t i t u t i o n e l l e s Recht dem BVerfG zustehen sollte, bei der E n t s t e h u n g s g e s c h i c h t e des Art. 100 Abs. 1 GG vom Verfassungsgeber offenbar nicht gesehen⁵⁸⁸⁾, so ging man dennoch von der grundsätzlichen Bejahung des richterlichen Prüfungsrechts, so wie es sich in der Zeit der WRV entwickelt hatte, aus.⁵⁸⁹⁾ Es muß daher angenommen werden, daß

586) Vgl. die Äußerungen von ANSCHÜTZ und MENDE auf dem 34. DJT (Verhandlungen des 34. DJT, Bd. II, S. 209 f; S. 217). ANSCHÜTZ und MENDE wandten sich nur dagegen, daß durch das staatsgerichtliche Entscheidungsmonopol erst nach Inkrafttreten des vorgeschlagenen Gesetzes erlassene Gesetze betroffen würden und nicht a l l e nachkonstitutionellen (nach Inkrafttreten der WRV ergangenen) Gesetze.

587) V. HIPPEL, das richterliche Prüfungsrecht, Hdb-DStR II S. 546 ff (S. 552, 554 ff); FEIGENSPAN, Diss., S. 11; Verhandlungen des 34. DJT, Bd. II S. 193, insbes. S. 209 u. 217; ZINN, Rechtspflege, S. 56; SONDERLAND, Diss., S. 6; ferner JELLINEK, LAUN-Festschr. S. 271; BACHOF, DVBl 1951 S. 110; BVerfG, Urt. v. 24. 2. 1953 - 1 BvL 21/51 - BVerfGE 2 S. 124-135 (S. 132 ff); vgl. ferner ENGELHARDT, JöR n. F. Bd. 8 S. 102-107

588) BACHOF, DVBl 1951 S. 110; vgl. JöR n. F. Bd. 1 S. 734 ff; vgl. auch schon HChBer S. 57 f; zum Wert der Materialien für die Auslegung des Art. 100 Abs. 1 GG vgl. IPSEN, DV 1949 S. 486-492 (S. 487 Sp. 1)

589) Vgl. JöR n. F. Bd. 1 S. 734 ff; HChBer S. 57 f

die richterliche Prüfungszuständigkeit in Art.100 Abs.1 GG nur in dem Umfange geregelt werden sollte, als sie in der Weimarer Zeit bestritten war.⁵⁹⁰⁾ Das heißt aber, daß Art.100 Abs.1 nicht für vorkonstitutionelles Recht gelten sollte.

Die Ausführungen des BVerfG in seinem Urteil vom 24.2.1953⁵⁹¹⁾ können daher bedenkenlos anerkannt werden, ohne daß sie hier noch einmal wiedergegeben werden müßten. Wenn das BVerfG dabei auf Äußerungen der an der Entstehungsgeschichte maßgeblich beteiligten Abgeordneten ZINN und v.BRENTANO hinweist⁵⁹²⁾, so ist dem nur hinzuzufügen, daß diese subjektive Vorstellung einzelner am Gesetzgebungsverfahren beteiligter Mitglieder des Parlamentarischen Rates allerdings für die Auslegung des Art.100 Abs.1 GG nicht entscheidend sein kann⁵⁹³⁾, da nur der in der Verfassung selbst verobjektivierte Wille des Verfassungsgebers maßgebend ist.

Dennoch vermag diese Stellungnahme der Abgeordneten als ein die gewonnene Auslegung bestärkendes Indiz zu dienen.

Auch das Fehlen einer ausdrücklichen Beschränkung des Entscheidungsmonopols auf nachkonstitutionelles Recht in Art.100 Abs.1 GG, wie sie in Art.92 Abs.2 der Verfassung für Württemberg-Baden vom 30.11.1946 und in Art.88 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 19.11.1953 enthalten ist, bedeutet keinen sachlichen Unterschied.⁵⁹⁴⁾ Das Grundgesetz ging vielmehr in Art.100 Abs.1 von der Selbstverständlichkeit dieser Einschränkung und damit der Entbehrlichkeit eines entsprechenden Zusatzes aus.⁵⁹⁵⁾

590) Vgl. die in Anm.588 Zitierten, insbes. auch BACHOF, DVBl 1951 S.110; BVerfG, Urt.v.20.3.1952 (Anm.542), BVerfGE 1 S.184-201 (S.198 ff) u. Urt.v.24.2.1953 (s.o. Anm.543), BVerfGE 2 S.124-135 (S.134 f); JELLINEK, LAUN-Festschr. S.271

591) BVerfG, Urt.v.24.2.1953, BVerfGE 2 S.124-135 (S.132 ff). S.o. S. 142 f

592) ZINN, Rechtspflege S.55 f; v.BRENTANO, schriftl.Bericht S.68

593) BVerfG, Urt.v.21.5.1952 - 2 BvH 2/52 - BVerfGE 1 S.299-322 (S.312)

594) Vgl. ZINN, Rechtspflege S.55 f; auch BACHOF, DVBl 1951 S.15 Sp.2

595) So mit Recht BACHOF aaO

Die Geschichte des richterlichen Prüfungsrechts und die Entstehungsgeschichte des Art.100 Abs.1 GG sprechen somit ebenfalls gegen die Anwendbarkeit des verfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols auf vorkonstitutionelles Recht.

- b) Verstoß einer vorkonstitutionellen Landesverfassung gegen das Grundgesetz oder einer älteren Landesverfassung gegen jüngeres Bundesrecht

In den bisherigen Ausführungen war noch der - ebenfalls in das bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungsmonopol gehörende - Fall ausgeklammert worden, daß eine vorkonstitutionelle L a n d e s v e r f a s s u n g gegen das Grundgesetz oder gegen jüngeres Bundesrecht verstößt. HOLTKOTTEN will für diesen Fall aus Art.100 Abs.1 Satz 2, 1.Alternative den selbständigen Rechtsgedanken entnehmen, daß dem vollen Prüfungsrecht jedes einzelnen Richters in keinem Falle das Landesverfassungsrecht eines Landes unterliegen solle, auch nicht, wenn es v o r k o n s t i t u t i o - n e l l sei.⁵⁹⁶⁾

Berücksichtigt man, daß schon die Unvereinbarkeit eines einfachen (förmlichen) Landesgesetzes mit bereits vorher in Kraft getretenem Bundesrecht das Entscheidungsmonopol des BVerfG begründet, so erscheint es in der Tat wünschenswert, die Feststellung der Unvereinbarkeit einer Landesverfassung mit Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht ebenfalls dem BVerfG zu übertragen⁵⁹⁷⁾, auch wenn die Landesverfassung vorkonstitutionell ist. Dennoch kann aus Art.100 Abs.1 S.2, 1.Alternative eine solche Sonderbewertung von Landesverfassungsrecht d e l e g e l a t a nicht entnommen werden. Art.100 Abs.1 GG hat die gesamte Inzidentnormenkontrolle e i n h e i t l i c h geregelt, ohne zwischen den einzelnen Fällen verfassungsgerichtlichen Entscheidungsmonopols irgendwie zu unterscheiden.

596) HOLTKOTTEN, BK, Art.100,II.Erl.A,3,S.156 f; s.o.
S. 138 f

597) Vgl. SCHÄFER, NJW 1954 S.1-5 (S.4, zu u. in Anm.40)

Auch für den Fall der Unvereinbarkeit von Landesverfassungsrecht mit GG oder Bundesrecht greift die Zuständigkeit des BVerfG daher nur dann ein, wenn zu entscheiden ist, ob der Landesverfassungsgeber durch seinen Akt gegen g e l t e n - d e s Bundesverfassungs- oder sonstiges Bundesrecht verstoßen hat.⁵⁹⁸⁾

Die Außerkraftsetzung entgegenstehenden Landesverfassungsrechtes vollzog sich mit Inkrafttreten des Grundgesetzes (bzw. späteren Bundesrechtes) nach dem Satz *lex posterior derogat legi priori*⁵⁹⁹⁾, dessen freie Anwendung Art.100 Abs.1 GG dem Richter in vollem Umfange belassen hat.⁶⁰⁰⁾

Art.100 Abs.1 Satz 2, 1.Alternative dient lediglich der K l a r s t e l l u n g , daß dem BVerfG nicht nur die Prüfung der Vereinbarkeit von B u n d e s r e c h t mit dem GG, sondern auch die Prüfung der Vereinbarkeit von L a n d e s r e c h t mit dem GG zustehen soll⁶⁰¹⁾, das Wort "Landesrecht" in Art.100 Abs.1 Satz 2, 1.Alternative dient daher allein der Unterscheidung vom Bundesrecht.⁶⁰²⁾

Die Ansicht HOLTKOTTENS, der Halbsatz 1 des Abs.1 Satz 2 entziehe dem Richter für den S o n d e r f a l l der Prüfung von Landesverfassungsrecht auch die negative Entscheidungsbefugnis bei v o r k o n s t i t u t i o n e l l e n Landesverfassungen, kann demnach aus Art.100 Abs.1 Satz 2, 1.Alternative nicht herausgelesen werden; sie muß in den Bereich rein verfassungspolitischer Erwägungen verwiesen werden.

2) Landesverfassungsgerichtliches Entscheidungsmonopol gegenüber vorkonstitutionellem Recht ?

Schließlich bleibt noch die Frage, ob nicht für den Fall des l a n d e s v e r f a s s u n g s g e r i c h t l i c h e n Entscheidungsmonopols nach Art.100 Abs.1, Satz 1,

598) S.o.S. 157 ff unter γ)

599) Vgl. BARBEY, DÖV 1960 S.566-575 (S.571, 573)

600) Vgl. FIGGE, MDR 1953 S.391-393 (S.391 Sp.2); BACHOF, DVB1 1951 S.14 f; vgl. ferner die in Anm.470, 471, 475, 476 Zitierten. S.o.S. 151f, S.162

601) BVerfG, Urt.v.20.3.1952 (s.o. Anm.542), BVerfGE 1 S.184-201 (S.190 f)

602) SCHÄFER, NJW 1954 S.1-5 (S.4, Anm.40)

Halbsatz 2, 1.Alternative eine Einbeziehung auch des vorkonstitutionellen Rechts möglich ist, wie sie der Bayerische Verfassungsgerichtshof vornimmt.⁶⁰³⁾

Nach allem oben Gesagten muß dies verneint werden: Die gesamte Regelung der Inzidentnormenkontrolle des Art.100 Abs.1 GG ist **e i n h e i t l i c h** von dem Prinzip der Wahrung der Autorität nur der (**n a c h k o n s t i t u t i o n e l l e n**) Legislative gegenüber dem Richter ausgegangen, sowohl innerhalb des Bundes wie innerhalb eines Landes. Auch die 1.Alternative des Art. 100 Abs.1, Satz 1, Halbsatz 2 betrifft daher **n i c h t** den Verstoß **v o r k o n s t i t u t i o n e l l e n**, d.h. hier vor Inkrafttreten der betreffenden Landesverfassung in Kraft getretenen⁶⁰⁴⁾ Landesrechts gegen eine Landesverfassung.

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, daß die entgegengesetzte Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes⁶⁰⁵⁾ abzulehnen wäre. Dies hängt vielmehr davon ab, ob mit Art.100 Abs.1 GG eine landes(verfassungs)rechtliche Regelung zu vereinbaren wäre, die dem Landesverfassungsgerichtshof - über Art.100 Abs.1 GG hinaus - auch das negative Entscheidungsmonopol für vorkonstitutionelles Recht zuwiese.

Es handelt sich hierbei **n i c h t** mehr um die Frage der Bedeutung des Art.100 Abs.1 GG für das vorkonstitutionelle Recht, sondern darum, inwieweit Art.100 Abs.1 GG daneben teilweise abweichende landesrechtliche Regelungen zuläßt.

Eine Lösung dieses Problems gehört deshalb nicht mehr eigentlich in den Rahmen des Themas dieser Untersuchung. Wegen des engen Zusammenhanges mit dem Thema soll jedoch der Weg einer Lösung wenigstens skizziert werden.

M.E. muß in der Regelung des Art.100 Abs.1 GG eine **a b s c h l i e ß e n d e N o r m i e r u n g** des **U m f a n g s** - nicht allerdings des Verfahrens - der konkreten

603) Vgl. die in Anm.453 zitierten Entscheidungen des BayVerfGH

604) S.o.S.126f(4. Absatz)

605) S.o.S. 131, Anm.453

Normenkontrolle erblickt werden⁶⁰⁶⁾, d.h. landesrechtliche Regelungen, die den U m f a n g des landesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmonopols anders als Art.100 Abs.1 GG bestimmen, sind insoweit mit dem Grundgesetz unvereinbar und damit unwirksam.⁶⁰⁷⁾ Die entgegenstehende Ansicht des BVerfG⁶⁰⁸⁾, Art.100 Abs.1 GG habe nur ein M i n d e s t - m a ß an verfassungsgerichtlicher Entscheidungskompetenz regeln wollen und schließe daher landesrechtliche Regelungen, sofern sie nur mit der Struktur des Grundgesetzes vereinbar seien, nicht aus, muß deshalb abgelehnt werden.⁶⁰⁹⁾

C. Zusammenfassung

- 1) Das durch Art.100 Abs.1 GG begründete E n t s c h e i - d u n g s m o n o p o l des Bundesverfassungsgerichts bezieht sich nicht auf v o r k o n s t i t u t i o n e l l e (Landes- oder Bundes-)G e s e t z e und darüber hinaus auch nicht auf nachkonstitutionelle Landesgesetze, die durch s p ä t e r e s Bundesrecht derogiert werden (Art.100 Abs.1 Satz 2, 2.Alternative GG). Da Art.100 Abs.1 GG nur die Autorität des (nachkonstitutionellen) Gesetzgebers gegenüber der Rechtsprechung wahren will, hat der Richter für vorkonstitutionelles Recht das alleinige Prüfungs- und Entscheidungsrecht, auch in negativer Hinsicht.

606) HOLTKOTTEN, Art.100, II.Erl.A 2 c, S.153; SCHÄFER, NJW 1954 S.3 Sp.1, der allerdings dies nur auf die Unzulässigkeit eines Prüfungsmonopols auch für n i c h t f ö r m l i c h e Gesetze bezieht und dann - inkonsequenterweise - die Rspr des BayVerfGH zum vorkonstitutionellen Recht anerkennt (aaO S.4 Sp.1).

607) SCHÄFER, aaO; ebenso im Ergebnis HOLTKOTTEN, BK, Art.100, II.Erl.A 2 b, S.152; vgl. auch APELT, VwRspr.Bd.4 S.26 f

608) BVerfG, Beschl.v.11.5.1955 - 1 BvO 1/54 - NJW 1955 S.945 = BVerfGE 4 S.178-189; auch schon BVerfG, Urt.v. 20.3.1952 (s.o.Anm.542), BVerfGE 1 S.184-201 (S.201); ebenso MAUNZ, Dt.Staatsrecht, § 26 II 3 b, aa S.229; VerfGH Rheinland-Pfalz, Urt.v.25.4.1951 - VGH 1/51 - JZ 1951 S.693 f mit zustimmender Anmerkung von SCHÄFER, S. 694; derselbe JZ 1951 S.58-60 (S.59 unter b)

609) HOLTKOTTEN, BK, Art.100, II.Erl.A 2 b, c, S.152 f (insbes. unter 2 c [S.153]); im Prinzip auch SCHÄFER, NJW 1954 S.3 Sp.1

Dasselbe gilt, wenn es sich um die Unvereinbarkeit einer vorkonstitutionellen Landesverfassung mit dem Grundgesetz oder überhaupt einer älteren Landesverfassung mit jüngerem Bundesrecht handelt.

- 2) Auch das Entscheidungsmonopol der Landesverfassungsgerichtshöfe ist durch Art.100 Abs.1, Satz 1, Halbsatz 2, 1.Alternative GG in seinem Umfange abschließend dahingehend bestimmt, daß es sich nicht auf vorkonstitutionelle Gesetze bezieht.

Eine abweichende Rechtsprechung durch einen Landesverfassungsgerichtshof ist deshalb mit Art.100 Abs.1 GG nicht vereinbar.

L e b e n s l a u f

Am 23. August 1934 wurde ich als deutscher Staatsangehöriger in Bochum geboren. Meine Eltern sind Landgerichtsdirektor Claus Kühne und dessen Ehefrau Erika, geb. Franke.

1941-1944 ging ich in Siegen zur Volksschule und besuchte seit Anfang 1946 den altsprachlich-humanistischen Zweig des Staatlichen und Städtischen Gymnasiums zu Bielefeld, wo ich im Frühjahr 1954 meine Reifeprüfung ablegte.

Anschließend studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten zu Göttingen (1954/55), Heidelberg (1955/56), Lausanne/Schweiz (1956) und Münster (1956/58). In Heidelberg und Lausanne studierte ich dabei außerdem die Französische und Italienische Sprache.

Am 22. August 1959 legte ich beim Oberlandesgericht Hamm/Westf. mein erstes juristisches Staatsexamen ab.

Erst nach Fertigstellung meiner Dissertation nahm ich im Dezember 1960 meinen juristischen Vorbereitungsdienst beim Amtsgericht Halle/Westf. auf. Meine weiteren Referendarstationen absolvierte ich in Bielefeld, Heidelberg, Mannheim und Bogotá (Kolumbien). Nach meiner Rückkehr aus Südamerika setzte ich meinen Referendardienst zunächst in Münster fort.



